

Prekvalifisering av nye aktører på norsk sokkel – en forvaltningsrettslig analyse.

Kandidatnummer: 205

Leveringsfrist: 10.04.2008

Til sammen 29704 ord

10.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>TEMA FOR AVHANDLINGEN.</u>	<u>1</u>
1.1	Innledning.	1
1.2	Nærmere om avhandlingens problemstilling.	2
1.3	Avgrensninger.	3
1.4	Begrepsbruk.	4
<u>2</u>	<u>KORT OM PREKVALIFISERINGSORDNINGEN.</u>	<u>6</u>
2.1	Prekvalifisering av nye aktører i praksis.	6
2.2	Hensyn bak og formål med prekvalifiseringsordningen.	7
2.2.1	Prekvalifiseringsordningen som virkemiddel.	7
2.2.2	Effektiv ressursutnyttelse.	8
2.2.3	Økt konkurranse.	10
2.3	Fordeler med prekvalifiseringsordningen.	11
2.4	Etablering og utvikling av norsk petroleumsregelverk.	11
2.5	Prekvalifiseringsordningen og petroleumsregelverket.	13
2.6	Rettskildesituasjonen på prekvalifiseringsordningens område.	14
<u>3</u>	<u>MATERIELLE KRAV VED PREKVALIFISERING AV NYE AKTØRER.</u>	<u>18</u>
3.1	Innledning.	18
3.2	Teknisk og petroleumsfaglig kompetanse.	19
3.2.1	Aktørens tekniske og petroleumsfaglige kompetanse.	19
3.2.2	Aktørens spesialkompetanse som eget moment.	22

3.3	Krav til finansiell styrke.	23
3.4	Krav som stilles til aktøren med hensyn til HMS-regelverket.	24
3.4.1	Rettslige krav til helse, miljø og sikkerhet	24
3.4.2	HMS-krav til aktøren ved prekvalifiseringen.	27
3.5	Krav til organisasjon i Norge.	28
3.6	Særlige krav for å bli prekvalifisert som operatør.	29
<u>4</u>	<u>PREKVALIFISERINGENS KOMPETANSEGRUNNLAG.</u>	<u>30</u>
4.1	Problemstillingen: Hvilket rettslig grunnlag bygger departementene med underordnede organer på ved prekvalifisering av nye aktører på norsk sokkel?	30
4.2	Mulige rettsgrunnlag for prekvalifiseringen.	31
4.2.1	Innledning.	31
4.2.2	Instruksjons- og organisasjonsmyndighet.	31
4.2.3	Sedvanerettsbasert kompetanse.	32
4.2.4	Kompetanse gjennom privat autonomi.	32
4.2.5	Konklusjon.	34
4.3	Prekvalifiseringen: en form for myndighetsutøvelse.	34
4.4	Fremstillingen videre.	35
<u>5</u>	<u>VIRKNINGER AV AT ET SELSKAP HAR BLITT PREKVALIFISERT.</u>	<u>35</u>
5.1	Kan en prekvalifisering gi aktøren fortinn ved tildeling av utvinningstillatelse?	35
5.2	Prekvalifiseringen: Et forhåndstilsagn?	39
5.2.1	Problemstillingen.	39
5.2.2	Forhåndstilsagn – den generelle rettslige status.	40
5.2.3	Finnes det skranker i hjemmelsgrunnlaget mot forhåndsbinding av kvalifikasjonsvurderingen?	42
5.2.4	Er prekvalifiseringen en avgjørelse?	44
5.2.5	Konklusjon.	46

<u>6</u>	<u>NÆRMERE OM PREKVALIFISERINGSavgjørelsen.</u>	<u>47</u>
6.1	Er prekvalifiseringen et enkeltvedtak?	47
6.1.1	Problemstillingen.	47
6.1.2	Hva er et enkeltvedtak?	48
6.1.3	Avgrensning mot prosessledende beslutninger.	51
6.1.4	Oppfyller prekvalifiseringen vilkårene som kreves for at avgjørelsen skal være et enkeltvedtak?	52
6.1.5	Kan en avgjørelse som ikke er endelig for den egentlige realitetsavgjørelse være et eget enkeltvedtak?	57
6.2	Subsidiært: Et krav om forsvarlig saksbehandling.	59
6.3	Er enkeltvedtak den mest hensiktsmessige måten å regulere prekvalifiseringsordningen?	59
6.3.1	Innledning.	59
6.3.2	Departementets kompetanse etter petroleumsloven § 10-18.	61
6.3.3	Bør prekvalifiseringsordningen reguleres i forskrift?	63
6.3.4	Er enkeltvedtak en hensiktsmessig måte å regulere prekvalifiseringsavgjørelsen?	66
6.4	Adgang til å sette vilkår ved prekvalifiseringen.	67
6.5	Forvaltningens adgang til å omgjøre prekvalifiseringsavgjørelsen.	68
<u>7</u>	<u>GRENSER FOR MYNDIGHETENES KOMPETANSE.</u>	<u>70</u>
7.1	Myndighetsoverskridelse ved en prekvalifiseringsavgjørelse.	70
7.2	Læren om utenforliggende hensyn	72
7.2.1	Problemstillingen.	72
7.2.2	Om begrepet "utenforliggende hensyn".	72
7.2.3	Hvilke hensyn kan vektlegges ved prekvalifiseringsavgjørelsen?	75
7.2.4	Virkningen av at det er tatt utenforliggende hensyn.	81
7.3	Likebehandlingsprinsippet.	82
7.3.1	Det rettslige utgangspunkt.	82
7.3.2	Når er likebehandlingsprinsippet relevant i forbindelse med prekvalifiseringen?	83
7.3.3	Likebehandling av prekvalifiserte selskaps adgang til norsk sokkel.	84

7.4	Uforholdsmessighet, vilkårlighet og grov urimelighet.	85
<u>8</u>	<u>ADGANGEN TIL Å FÅ EN NY VURDERING AV EN PREKVALIFISERINGSavgjørelse.</u>	<u>86</u>
8.1	Problemstillingen.	86
8.2	Forvaltningsrettslig klage over en prekvalifiseringsavgjørelse.	87
8.2.1	Anledning til å klage på prekvalifisering etter forvaltningsloven.	87
8.2.2	Særlige spørsmål i forbindelse med klage til ”overordnet organ”.	91
8.2.3	Hvordan vil en klage ha betydning faktisk sett?	92
8.3	Domstolsprøvelse.	93
8.4	Forvaltningsrettslig klage vs. domstolsprøvelse.	97
<u>9</u>	<u>AVSLUTTENDE MERKNADER.</u>	<u>97</u>
<u>10</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>99</u>
10.1	Litteratur.	99
10.2	Norske lover og forskrifter.	100
10.3	Utenlandske traktater og direktiv.	101
10.4	Dommer.	101
10.5	Forarbeider til lover og offentlige dokumenter.	102
10.6	Nettdokumenter.	103

1 Tema for Avhandlingen.

1.1 Innledning.

Olje- og energidepartementet (OED) etablerte våren 2000 en prekvalifiseringsordning med en forhåndsvurdering av kvalifikasjoner hos aktører som ønsker å etablere seg som rettighetshavere eller operatører på norsk kontinentalsokkel.¹ Aktøren blir vurdert etter petroleumsfaglige og finansielle kriterier samt kvalifikasjoner innen helse-, miljø- og sikkerhet (HMS). Disse kriteriene er sammenfallende med de krav som stilles til rettighetshaverens eller operatørens organisasjon ved tildeling av andel i utvinningstillatelser eller ved samtykke av departementet ved overdragelse av andel, likevel slik at vurderingen foretas på et mer generelt nivå ved en prekvalifikasjon av aktøren.

Prekvalifiseringsordningen ble etablert uten noen form for regelverk. Ordningen er frivillig for nye aktører og ble først tatt i bruk som et virkemiddel for å få mindre selskaper til å starte opp petroleumsvirksomhet i Norge. Hensikten var blant annet å øke konkurransen på norsk kontinentalsokkel. Siden innføringen av ordningen i 2000 har 35 selskaper blitt prekvalifisert som rettighetshavere og 38 som operatører.² Det er i dag 19 rettighetshavere og 30 operatører på norsk kontinentalsokkel som har vært i gjennom prekvalifiseringsordningen, noen for å prekvalifisere seg først som rettighetshaver og senere som operatør. Per 11. januar 2008 er tolv selskaper under behandling for å bli prekvalifisert. Nesten alle selskaper som har etablert seg som rettighetshaver eller operatør på norsk kontinentalsokkel etter 2000 har vært igjennom en prekvalifisering, enten som rettighetshaver eller som operatør, eller begge deler.

¹ St.meld. nr. 39 (1999-2000) om olje- og gassvirksomheten.

² Per 11. januar 2008. Oljedirektoratet – prekvalifiseringsoversikt (<http://www.npd.no/Norsk/Produkter+og+tjenester/Prekvalifisering/prekvalifiseringsoversikt.htm>) .

Det er nå åtte år siden prekvalifiseringsordningen ble innført. Selv om det til en viss grad kan sies å ha satt seg en praksis, råder det likevel en usikkerhet omkring hvilke virkninger en prekvalifisering har. Jeg vil i denne avhandlingen vurdere prekvalifiseringsordningen i en forvaltningsrettslig sammenheng og med dette forsøke å avklare hvilken betydning en prekvalifisering det har at man blir prekvalifisert som rettighetshaver på norsk kontinentalsokkel.

1.2 Nærmere om avhandlingens problemstilling.

En aktør kan bli rettighetshaver eller operatør på norsk kontinentalsokkel på to forskjellige måter. For det første kan han bli tildelt andeler gjennom tildelingsrunder etter utlysning av utvinningstillatelser. Slik utlysning skjer ved ordinære konsesjonsrunder eller ved tildeling i forhåndsdefinerte områder (TFO).³ Tildeling av utvinningstillatelser kan også i visse tilfeller skje uten utlysning. Hvem som skal tildeles utvinningstillatelse blir bestemt av Kongen i statsråd, jf. lov 29. november 1996 nr. 72 om petroleumsvirksomhet (petrl.) § 3-5. For det andre kan aktøren erverve seg rettigheter ved kjøp av en andel i en utvinningstillatelse. En slik overdragelse av andel i utvinningstillatelse krever samtykke av Olje- og energidepartementet (OED).

Både ved tildeling av andel etter utlysning og ved samtykke etter overdragelse av andel har myndighetene en viss skjønnsadgang ved vurderingen av om en søker kan aksepteres som rettighetshaver eller operatør. Denne skjønnsadgangen er begrenset gjennom alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, petroleumsløven og EUs konsesjonsdirektiv.⁴ Tildelingene skal skje etter objektive og saklige kriterier hvor aktørens kvalifikasjoner er et sentralt

³ TFO er årlige tildelingsrunder i forhåndsdefinerte områder som omfatter alt modent areal på kontinentalsokkelen. Ordningen ble opprettet i 2003. TFO-ordningen har klare regler for aktivitet på området og enkle prosedyrer for tilbakelevering av området, for at områdene skal kunne sirkuleres raskere for en mer effektiv utforskning av arealene. Se FAKTA 2007 side 26-31.

⁴ Europaparlaments- og rådsdirektiv 94/22/EF av 30. mai 1994 om vilkårene for tildeling og bruk av tillatelser til å drive leting etter og utvinning av hydrokarboner.

element i vurderingen.⁵ I tillegg er feltspesifikke forhold og andre aktører i rettighetshavergruppen sentrale skjønnsstema ved vurderingen.

Dersom søker har vært gjennom en vurdering i henhold til prekvalifiseringsordningen og dermed blitt vurdert som kvalifisert til å drive virksomhet på norsk kontinentalsokkel kan det stilles spørsmål ved om denne vurderingen begrenser statens skjønnsfrihet i den senere vurderingen. Dette er et spørsmål om den ”prekvalifiserte” søker har ervervet seg en rettslig posisjon på et tidligere tidspunkt en ved søknad om utvinningstillatelse, altså om aktøren ikke kan bli nektet utvinningstillatelse med den begrunnelse at hans kvalifikasjoner ikke er tilfredsstillende. For å kunne vurdere dette spørsmålet, må det forutsettes at det ikke har skjedd noen vesentlige forandringer i aktørens organisasjon, personelle kompetanse eller finansielle situasjon. Rettsgrunnlaget for erverv av en slik rettslig posisjon kan være kravene til likebehandling og ikke-diskriminering m.v. som ligger i forvaltningsrettslige prinsipper og prinsipper som følger av EU/EØS-regelverket. Jeg vil ikke gå inn på EU-rettslige prinsipper særskilt, men legger til grunn at norsk forvaltningsrett generelt og petroleumsloven spesielt er i samsvar med disse prinsippene.

Ettersom prekvalifisering innebærer en vurdering uten tilknytning til en aktuell søknad om å bli rettighetshaver eller operatør, er det på den annen side nærliggende å betrakte en godkjenning som et forhåndstilsagn. Det oppstår da en utfordring i å konstatere i hvilken grad OED kan forplikte seg på denne måten.

1.3 Avgrensninger.

Avhandlingen vil omhandle problemstillinger knyttet til den tidsperiode før og frem til aktøren har kommet inn som rettighetshaver eller operatør på norsk kontinentalsokkel for første gang. Jeg vil ikke behandle regelverket som gjelder etter at en aktør har etablert seg som rettighetshaver på norsk sokkel, slik som leting, produksjon og avslutning av

⁵ Se konsesjonsdirektivet artikkel 5 og petrl. § 3-5 tredje ledd jf. forskrift fastsatt ved kgl. res. 27. juni 1997 om petroleumsvirksomhet § 10.

petroleumsvirksomhet på et felt, i større grad enn der det faller naturlig i drøftelsen. Jeg vil heller ikke behandle forurensingsregelverket eller arbeidsmiljøregelverket i større grad enn nødvendig for problemstillingene som oppgaven reiser.

Når det gjelder de materielle krav som blir vurdert ved prekvalifiseringsordningen vil jeg ikke foreta en konkret vurdering av innholdet i disse kravene. Det har jeg verken forutsetninger eller kapasitet til å vurdere innenfor avhandlingens rammer. I tillegg er dette i mye større grad en teknisk enn en rettslig vurdering. Grensene for hvilke materielle krav som kan stilles kan likevel i noen tilfeller komme inn som argument ved drøftelsene om likebehandling av aktørene.

Oppgaven tar ikke sikte på å gi en fullstendig forvaltningsrettslig redegjørelse for hvilke regler som gjelder for aktører som ønsker å etablere seg som rettighetshaver eller operatør på norsk sokkel. Den forvaltningsrettslige analyse er begrenset til å omhandle de forvaltningsrettslige regler som vil komme til anvendelse ved prekvalifiseringsordningen.

1.4 Begrepsbruk.

Begrepet "*prekvalifisering*" kan ha flere betydninger. For å presisere hva jeg diskuterer i det enkelte tilfelle har jeg prøvd å kun bruke ordet "*prekvalifisering*" i så liten grad som mulig. Likevel bruker jeg begrepet når jeg omtaler vurderingen som blir tatt. I noen tilfeller bruker jeg begrepet også om selve ordningen. I slike tilfeller benytter jeg også ofte begrepene "*prekvalifiseringsordningen*" eller "*prekvalifiseringsinstituttet*" istedenfor. Begrepet brukes også om den prosessen som et selskap går igjennom, men her prøver jeg å heller bruke "*prekvalifiseringsprosessen*" for å unngå misforståelser. Jeg bruker begrepet "*prekvalifisert*" om den posisjon en aktør oppnår etter han har vært igjennom en prekvalifiseringsprosess og blitt vurdert som kvalifisert til å være rettighetshaver på norsk sokkel.

For å beskrive den som blir prekvalifisert bruker jeg begrepene "*aktør*" og "*selskap*". Jeg har ikke ment at disse begrepene skal ha forskjellig meningsinnhold. At jeg bruker begge

begrepene er mer for variasjonen sin skyld. Jeg skiller mellom aktører som er aktive på norsk sokkel – disse blir gjerne kalt rettighetshavere – og aktører som ikke ennå har aktivitet på norsk sokkel.

Departementet bruker begrepet *"forhåndsvurdering av --- som rettighetshaver på norsk kontinentalsokkel"* ved vurderingen av om et selskap er prekvalifisert. I petrl. § 1-6 første ledd bokstav j) er en rettighetshaver definert som en *"fysisk eller juridisk person, eller flere personer, som etter loven her eller tidligere lovgivning innehar en tillatelse til undersøkelse, utvinning, transport eller utnyttelse"*. Aktører som ikke har andel i en utvinningstillatelse kan ikke være rettighetshavere slik begrepet defineres i denne bestemmelsen. Ved at en aktør blir prekvalifisert er han kvalifisert til å være rettighetshaver på norsk kontinentalsokkel. Det er ikke det samme som at aktøren *er* rettighetshaver på sokkelen. Jeg synes at departementets formulering er litt upresis og velger heller å bruke begrepet *"vurdert som kvalifisert til å være rettighetshaver på norsk kontinentalsokkel"*.

Det er i hovedsak fire forvaltningsorganer som blir omtalt i denne avhandlingen. Det er OED, Arbeids- og inkluderingsdepartementet (AID), Oljedirektoratet og Petroleumstilsynet. Når jeg bruker begrepet *"myndighetene"* omtaler jeg i de fleste tilfeller alle disse organene. Når jeg bare snakker om OED og AID bruker jeg begrepet *"departementene"* og når jeg snakker både om Oljedirektoratet og Petroleumstilsynet bruker jeg begrepet *"direktoratene"* eller *"de underliggende organer"* som en fellesbenevnelse. Dersom jeg bare sikter til det ene av disse to organer kan begrepene direktoratet eller tilsynet bli brukt om henholdsvis Oljedirektoratet og Petroleumstilsynet. Endelig bruker jeg begrepet *"staten"* om hele den norske stat, og ikke bare den utøvende myndighet.

Et siste begrep som må avklares fordi det blir brukt hyppig i avhandlingen er begrepet *"petroleumsregelverket"*. Dette begrepet brukes i mange tilfeller ikke bare på petroleumsloven med underliggende forskrifter, men også andre regler som kommer til anvendelse på petroleumsvirksomheten. Som eksempel kan nevnes bestemmelser etter

arbeidsmiljøloven, helselovgivningen og etter forurensningsloven. I noen tilfeller hvor jeg bare viser til petroleumsloven med forskrifter søker jeg å gjøre leseren oppmerksom på dette.

2 Kort om prekvalifiseringsordningen.

2.1 Prekvalifisering av nye aktører i praksis.⁶

Prekvalifiseringsordningen er fra myndighetenes side ment som et tilbud til nye aktører som ønsker å etablere seg som rettighetshaver eller operatør på norsk kontinentalsokkel. OED har den overordnede myndighet sammen med AID, men selve den praktiske gjennomgang og vurdering av selskapets kvalifikasjoner blir foretatt av Oljedirektoratet og Petroleumstilsynet i fellesskap.

Prekvalifiseringsprosessen skjer ved at aktøren tar kontakt med OED som deretter initierer oppstart av vurderingen av aktøren sammen med AID. Vurderingen som gjøres av Oljedirektoratet og Petroleumstilsynet er en gjennomgang og vurdering av aktørens kompetanse og organisasjon. Den praktiske gjennomføringen skjer ved at selskapet avholder møter i sine egne lokaler, enten i Norge eller hos selskapets kontorer i utlandet, hvor aktøren presenterer sine kompetanseområder, systemer, planer for utbygging og drift i Norge samt sin generelle kapasitet i selskapet. Myndighetene vil også etterspørre en scenariobasert plan for oppbygging av organisasjonen i Norge som beskriver hvordan selskapet tenker å utvikle seg etter hvert som det opparbeider seg en portefølje av utvinningstillatelser på kontinentalsokkelen. De nærmere vurderingskriterier vil jeg komme tilbake til i avsnitt 3. Oljedirektoratet og Petroleumstilsynet foretar hver sin separate vurdering av selskapet, og rapporterer til hvert sitt departement. Det er til slutt OED som

⁶ For en mer detaljert beskrivelse av prekvalifiseringsprosessen i praksis, se Oljedirektoratet – Arbeidsprosessen (6.10.2006).
(<http://www.npd.no/Norsk/Produkter+og+tjenester/Prekvalifisering/arbeidsprosessen.htm>).

gir en samlet tilbakemelding til selskapet. Denne er basert på AIDs konklusjoner med hensyn til HMS og på Oljedirektoratets anbefalinger for den ressursfaglige kompetansen. OED foretar selv vurderingen av selskapets finansielle stilling. Dersom myndighetene ser selskapet som egnet for utøvelse av petroleumsvirksomhet på norsk sokkel, vil aktøren få status som prekvalifisert. Det vil si at aktøren er kvalifisert til å være rettighetshaver eller eventuelt operatør på norsk kontinentalsokkel.

De krav som stilles for at et selskap skal bli prekvalifisert må være oppfylt på det tidspunkt da selskapet får tildelt en andel i utvinningstillatelser etter petrl. § 3-5 eller ønsker å få samtykke til en overdragelse av andel etter petrl. § 10-12. Selskapene behøver altså ikke ha ”alt på plass” allerede ved tidspunktet for prekvalifiseringen. I gitte tilfeller kan det også vurderes å prekvalifisere en aktør basert på en forpliktende plan for oppbygging av organisasjonen etter at selskapet har fått tildelt en andel i utvinningstillatelse eller fått godkjent en overdragelse av andel. Dette blir i praksis bare innvilget overfor selskap som driver med oppstrøms petroleumsvirksomhet i andre land.⁷ Tidsfristen blir for disse selskapene vanligvis satt til 6-12 måneder.

2.2 Hensyn bak og formål med prekvalifiseringsordningen.

2.2.1 Prekvalifiseringsordningen som virkemiddel.

Prekvalifiseringsordningen er et virkemiddel som blir brukt i ledd for å oppnå petroleumspolitiske mål. Sammen med andre virkemidler som innføring av tildeling i forhåndsdefinerte områder (TFO), strengere arbeidsplaner på tildelte felt, regler om tredjemanns bruk av infrastruktur og samsvarsuttalelser for flyttbare innretninger (SUT) skal prekvalifiseringsordningen bidra til å få nye aktører inn på norsk sokkel. Dette skal igjen føre til en bedre ressursutnyttelse på norsk sokkel og å øke konkurransen blant aktørene på sokkelen. I dette kapittelet vil jeg redergjøre nærmere for disse hensynene for å illustrere bakgrunnen for prekvalifiseringsordningen.

⁷ Dette ble opplyst i møte med OED 20. februar 2008.

2.2.2 Effektiv ressursutnyttelse.

Om lag 35 % av det man regner som de samlede ressursene av petroleumsforekomster på norsk kontinentalsokkel har blitt produsert.⁸ Av disse er nesten halvparten fortsatt ikke påviste. Det vil si at det fortsatt er betydelige ressurser igjen på norsk sokkel. For at mest mulig av resterende ressurser skal utvinnes kreves det at leting og uvinning av petroleumsforekomstene skjer på en forsvarlig måte sånn at mesteparten av de utvinningsbare ressursene blir produsert til rett tid. For at dette skal kunne skje, må det finnes aktører som har ønske og anledning til å lete etter og utvinne ressursene.

Kontinentalsokkelen deles vanligvis inn i modne og umodne områder. I de modne områdene er geologien godt kjent. Funnssannsynligheten er generelt høyere i disse områdene, likevel slik at de fleste større feltene allerede må antas å være oppdaget. De modne områdene kjennetegnes også ved at det er en godt utbygd eller planlagt utbygd infrastruktur. Det finnes fortsatt betydelige gjenværende ressurser i de modne områdene på norsk kontinentalsokkel.⁹ Skal de resterende ressursene produseres i disse områdene kreves det en aktiv lete- og utbyggingsaktivitet. Infrastrukturen har begrenset levetid. Mange av de mindre feltene som bare kan produseres lønnsomt ved å benytte allerede eksisterende infrastruktur, må produseres før infrastrukturen ikke lenger kan brukes.

Barentshavet og en del av de nordlige områdene av Norskehavet blir kategorisert som umodne områder. Her er geologien mer ukjent, klimaet er tøffere og naturen er skjørere. Det kreves dermed større investeringer og utbygging samt at produksjon av petroleum innebærer en større risiko i disse områdene. Det betyr at det er særlig de større oljeselskapene som vil ønske å drive petroleumsvirksomhet på umodne områder. Områdene har mindre betydning i forhold til nye og mindre selskapene som etablerer seg på norsk kontinentalsokkel, og områdene vil spille en mindre sentral rolle i denne avhandlingen. Det

⁸ Fakta 2007 side 15.

⁹ I følge St.meld. nr. 38 (2003-2004) defineres store deler av Nordsjøen, Haltenbanken og området rundt Snøhvit som modne områder, jf. meldingens side 19.

betyr likevel ikke at det ikke finnes mindre selskap som ønsker å ha aktivitet på slike områder.

Før OED åpnet for å gi flere og mindre aktører adgang til norsk kontinentalsokkel var det rundt 22 selskap som var aktive som rettighetshavere og elleve av disse var operatører på sokkelen.¹⁰ Disse selskapene er såkalte ”fullt integrerte selskap”, det vil si at de står for alle ledd av petroleumsvirksomheten selv.¹¹ For disse selskapene er produksjonskostnadene for høye til at de mindre feltene er interessante.

Nye og mindre aktører har gjerne begrensede ressurser sammenlignet med de fullt integrerte selskapene, og har følgelig vært nødt til å drive produksjon på en mer effektiv måte, slik at produksjonskostnader og organisatoriske utgifter ikke blir for store. Slike aktører har ofte ikke kapasitet eller økonomi til å opprettholde produksjon på store felt som for eksempel Ekofisk. Mindre selskap som baserer store deler av sin virksomhet på leverandører vil ha mindre produksjonskostnader, og dermed kunne gjøre slike mindre felt lønnsomme å produsere. For eksempel har de mindre selskapene basert seg på å lease produksjonsinnretninger istedenfor å bygge slike selv.

Mindre selskap har ofte spesialisert sin kompetanse innenfor lønnsom produksjon av små felt, eller de har spesialisert seg mindre driftsområder, som for eksempel på haleproduksjon eller leteboring.

Et eksempel fra norsk kontinentalsokkel kan illustrere dette: Pertra overtok som operatør på Varg-feltet 1. august 2002. Etter tidligere operatørs planer skulle Varg-feltet avslutte produksjonen og stenge i løpet av 2002. Pertra fokuserte på undergrunnsarbeidet, og klarte å øke produksjonsomfanget av de gjenværende reservene i feltet til mer enn på

¹⁰ Tall fra 1999, se St.meld. nr. 39 (1999-2000) side 63.

¹¹ Petroleumsvirksomhet defineres i petrl. § 1-6 første ledd bokstav c) som ”*all virksomhet knyttet til undersjøiske petroleumforekomster, herunder undersøkelse, leteboring, utvinning, transport, utnyttelse og avslutning samt planlegging av slike aktiviteter*”. Transport av petroleum i bulk med skip er uttrykkelig unntatt. Mange selskap må kunne regnes som fullt integrerte selskap selv om de også tar i bruk kontraktsmedhjelpere til deler av virksomheten, så lenge de står for størstedelen av virksomheten selv.

oppstartstidspunktet. Det vil si at haleproduksjonen fra Varg-feltet vil kunne overgå produksjonen i forhold til det volum som ved oppstarten ble ansett for å være hovedproduksjonen.¹²

Ved å slippe til disse aktørene på modne områder, vil en større del av petroleumsforekomstene på norsk kontinentalsokkel bli produsert. Særlig gjelder dette for forekomster på marginale felt.¹³ Nye aktører vil kunne utfordre de tyngre aktørene og bidra til erfaringsoverføring, både når det gjelder effektivitet og teknologi. Dette vil gi en mer dynamisk utvikling av petroleumsvirksomheten som igjen kan føre til økt verdiskapning og en mer effektiv ressursutnyttelse.

2.2.3 Økt konkurranse.

Åpning av kontinentalsokkelen for mindre aktører fører også til at det blir større konkurranse for å få tildelt andeler i utvinningstillatelse. I mange år hadde de norske selskapene fortrinn ved tildeling av utvinningstillatelse. I de tidligere konsesjonsrundene ble staten automatisk tildelt en andel på 50 % i hver utvinningstillatelse gjennom statens eget oljeselskap (Statoil).¹⁴ Ved inngåelse av EØS-avtalen falt muligheten for å begunstige norske selskaper bort. Dette førte til at norske selskaper måtte søke om tildeling av utvinningstillatelser på lik linje med andre aktører hjemmehørende i andre land omfattet av EØS-avtalen.

Til tross for utvidelsen av hvem som kunne bli tildelt rettigheter som følge av EØS-avtalen, var det likevel få aktører på norsk sokkel sammenlignet med for eksempel Storbritannias kontinentalsokkel. Dermed har ikke konkurransen om tildeling av andelene til

¹² St.meld. nr. 38 (2003-2004) side 41-42.

¹³ Med "*marginale felt*" menes felt med så små petroleumsforekomster at de er på grensen til å være økonomisk drivverdige sammenholdt med produksjonskostnadene.

¹⁴ Se Petroleum Law Compendium Book 1 (2007) side 18. Dette gjaldt frem til 1. januar 1985 da Statoil ble reorganisert, hvor Statens direkte økonomiske engasjement (SDØE) ble skilt ut (Se St.meld. nr. 73 (1983-84) og Innst. S. nr. 321 (1983-84)).

utvinningstillatelsene vært særlig utpreget. Ved åpning for flere og mindre aktører på sokkelen vil situasjonen muligens forandres.

Arbeidsplikten på de utvinningstillatelsene aktørene får utdelt, og krav om tilbakelevering dersom arbeidsplikten ikke opprettholdes, vil få større betydning dersom det står andre aktører klar som ønsker å overta. Dette kan gjøre at det legges større press på aktørene som sitter med tillatelsen.

2.3 Fordeler med prekvalifiseringsordningen.

Etablering av en forhåndsvurdering av selskapene som ønsker å drive petroleumsvirksomhet på sokkelen gjør sokkelen mer tilgjengelig for de mindre selskapene som ellers ikke ville ha anledning til å ta en så stor økonomisk risiko som det å etablere seg og søke om tildeling av utvinningstillatelser faktisk er. Prekvalifiseringsordningen letter dermed adgangen til norsk kontinentalsokkel.

Prekvalifiseringsordningen skaper også større forutberegnelighet i forhold til petroleumsregelverket og den videre prosessen mot å bli rettighetshaver eller operatør på norsk kontinentalsokkel, ved at selskapet får vurdert sine kvalifikasjoner på et tidligere tidspunkt enn ved søknad om tildeling av en utvinningstillatelse. Selv om det er på det rene at en prekvalifisering ikke automatisk gir rett på å få tildelt en utvinningstillatelse, vil en prekvalifisering likevel være et godt skritt på veien mot å kunne drive petroleumsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel.

2.4 Etablering og utvikling av norsk petroleumsregelverk.

Interessen for norsk kontinentalsokkel begynte å bre seg tidlig på 1960-tallet. Det var tidligere gjort funn på britisk kontinentalsokkel og en kunne tenke seg at det også fantes petroleumsforekomster lengre nord. Leting her var vanskeligere på grunn av tøffere klima, ukjent terreng og store havdyp. Usikkerheten om det fantes olje var også stor. Det første funnet var på Ekofisk-feltet i 1969 og troen på utvinnbare norske petroleumsforekomster

økte etter dette. Produksjonen på Ekofisk startet opp 15. juni 1971. I dag er i alt 52 felt i produksjon på norsk kontinentalsokkel.¹⁵

Norge hadde i oppstartsfasen ingen private selskaper eller offentlige institusjoner med kompetanse innen petroleumsvirksomhet. Selv om det tidlig var nødvendig med nasjonal administrasjon og kontroll, var det internasjonale selskaper som sto for utbyggingen av virksomheten i oppstartsfasen. Staten Norge kom likevel fort på banen med erklæring om statlige eierrettigheter av undersjøiske naturforekomster, og petroleumsvirksomheten ble tidlig rettslig regulert.

Petroleumsregelverket har i stor grad blitt utviklet gjennom en slags ”learning by doing”-prosess. Ved oppstart av petroleumsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel på slutten av 60-tallet hadde verken lovgivere, forvaltningsmyndighet eller industrien selv, innsikt i hvordan petroleumsvirksomheten best kunne reguleres. Den første reguleringen av petroleumsvirksomheten kom ved lov 21. juni 1963 nr. 12 om utforskning og utnyttelse av undersjøiske naturforekomster på kontinentalsokkelen (kontinentalsokkelloven).¹⁶ Her ble det fastslått at retten til undersjøiske naturforekomster på kontinentalsokkelen tilligger staten. I medhold av denne loven kunne staten gi andre rett til å utforske og utnytte slike forekomster, og nærmere regler om slike rettigheter ble gitt i forskrift fastsatt ved kgl. res. 9. april 1965 og i revidert utgave ved kgl. res. 8 desember 1972 (hhv. 1965-resolusjonen og 1972-resolusjonen).

I 1972 ble det ved kongelig resolusjon nedsatt et utvalg (petroleumsutvalget) som fikk i mandat å legge frem utkast til lov og forskrifter om undersøkelse etter og utvinning av undersjøiske petroleumsforkomster. Resultatet av utvalgets utredning er NOU 1979: 43. På bakgrunn av denne utredningen fremmet regjeringen forslag til lov om petroleumsvirksomhet og loven ble vedtatt 22. mars 1985. Denne loven ble igjen erstattet av lov om petroleumsvirksomhet av 29. november 1996 nr. 72.

¹⁵ Fakta 2007 side 14.

¹⁶ Lovens tittel ble endret til ”*Lov om vitenskapelig utforskning og undersøkelse etter og utnyttelse av andre undersjøiske naturforekomster enn petroleumsforkomster*” ved lov 22. mars 1985 nr. 11.

Petroleumsloven av 1996 var ikke bare en tilpassing av lovgivningen til en ny fase i petroleumsvirksomheten, men også en omstrukturering av 1985-loven. Det ble brukt en ny systematikk for å lette tilgjengeligheten til reglene ved at loven ble inndelt i de naturlige faser petroleumsvirksomheten gjennomgår, og det ble særlig søkt å samle de bestemmelser som er knyttet til særlig sentrale tillatelser, godkjenninger og samtykker til å drive petroleumsvirksomhet etter loven. Endelig ble det laget helt nye regler for avslutningsfasen.

2.5 Prekvalifiseringsordningen og petroleumsregelverket.

Generelt kan en si at norske myndigheter har brukt lovgivning og administrativ praksis som aktive og fleksible instrumenter i utviklingen av norsk oljepolitikk. Hvordan politiske målsetninger skal oppnås har variert ettersom hva myndighetene har funnet hensiktsmessig.

Ved prekvalifiseringsordningen finnes det ikke noe formelt regelverk. Ordningen har sitt utspring i St.meld. nr. 39 (1999-2000) om olje og gassvirksomheten hvor departementet ytret ønske om å få inn nye aktører på norsk kontinentalsokkel for å øke konkurransen og for å bidra til en mer effektiv ressursutnyttelse.¹⁷ Prekvalifiseringsordningen ble lansert som et av flere virkemidler for å nå disse målene.¹⁸ Ordningen må generelt sett betraktes som et nytt instrument i lys av dagens situasjon på sokkelen, nemlig for å møte markedet for nedtrapping av felt (haleproduksjon) og utbygging av mindre funn. Det ble i tillegg laget en lignende ordning for tidligere rettighetshavere og operatører som ikke har hatt aktivitet på kontinentalsokkelen på lengre tid, såkalt rekvalifisering.

I løpet av våren 2000 utviklet OED i samråd med det daværende Oljedirektoratet, en prekvalifiseringsordning hvor selskapets faglige og finansielle kvalifikasjoner var

¹⁷ St.meld. nr. 39 (1999-2000) side 72-78. I tillegg til at prekvalifiseringsordningen har sitt utspring i St.meld. nr. 39 (1999-2000) er ordningen også omtalt i St.meld. nr. 7 (2001-2002) om helse, miljø og sikkerhet i petroleumsvirksomheten kapittel 3.4.8 og 4.17, St.meld. nr. 38 (2001-2002) om olje- og gassvirksomheten kapittel 5.4.1 og i St.meld. nr. 38 (2003-2004) om petroleumsvirksomheten kapittel 3.4.

¹⁸ St.meld. nr. 39 (1999-2000) side 75.

vurderingstema.¹⁹ Beskrivelse av ordningens fremgangsmåte og hvilke vurderingstema det skal tas stilling til finnes på Oljedirektoratets og Petroleumstilsynets internettsider.²⁰

Petroleumslovens anvendelsesområde er i § 1-4 første ledd begrenset til å gjelde petroleumsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel. Prekvalifiseringen skjer før en aktør har startet opp noen petroleumsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel og dersom man tolker petroleumslovens anvendelsesområde etter ordlyden vil ikke petroleumsloven få anvendelse på prekvalifiseringsordningen. Likevel er prekvalifiseringsordningen så tett tilknyttet til aktørens oppstart av petroleumsvirksomhet at det vil være unaturlig å ikke la lovens formål og prinsipper komme til anvendelse også ved prekvalifiseringsordningen.

Det er særlig er reglene i petrl. kapittel 3 om utvinningstillatelse m.v. som er av størst betydning for prekvalifiseringsordningen. Reglene i dette kapittelet om kriterier for tildeling av utvinningstillatelse vil være utgangspunktet for kvalifikasjonskravene som stilles til en ny aktørs organisasjon etter prekvalifiseringsordningen. Kravene som stilles ved prekvalifiseringsavgjørelsen vil likevel ha et bredere perspektiv. Fokuset ligger ikke spesifikt på kvalifikasjonskravene i forhold til de andre rettighetshaverne som har andeler i den aktuelle utvinningstillatelsen, men heller på hvilke kvalifikasjonskrav en rettighetshaver generelt må inneha for å kunne forvalte sin portefølje av utvinningstillatelser på best mulig måte i henhold til de overordnede formål i petroleumsregelverket.

2.6 Rettskildesituasjonen på prekvalifiseringsordningens område.

Det er lite rettskilder å støtte seg til på prekvalifiseringsordningens område. Som nevnt foran er ordningen ikke rettslig regulert, men har sitt utspring i en stortingsmelding. I denne stortingsmeldingen blir også formålet for og hensikten bak ordningen beskrevet nærmere.

¹⁹ Oljedirektoratet ble 1. januar 2004 delt opp i to enheter. Den ene delen (Oljedirektoratet) skulle ha ressursforvaltningen som ansvarsområdet, mens den andres (Petroleumstilsynet) ansvarsområde skulle være helse, miljø og sikkerhet (HMS). Grunnen for skillet var at hensyn til ressursforvaltning ofte kan komme i strid med hensyn etter HMS-regelverket.

²⁰ www.npd.no og www.ptil.no.

Hva som blir vurdert ved prekvalifiseringen og prosessen selskapene skal igjennom er kun beskrevet på Oljedirektoratets nettsider.²¹ Krav som stilles innen HMS-området er nærmere beskrevet på petroleumstilsynets nettsider.²²

Stortingsmeldinger har etter alminnelig rettskildelære nærmest ingen vekt ved løsning av rettsspørsmål. Det har blitt hevdet at uttalelser fra stortingsmeldinger unntaksvis kan tolkes som bindende pålegg til forvaltningen på tross av at de finnes i en generell melding, og loven kan utstyre utsagn i stortingsmeldinger med bindende kraft for underordnede forvaltningsorganer.²³ Likevel savner stortingsmeldinger den samme ordinære instruksjonsvirkning som en lov eller forskrift vil ha. Uttalelsene er departementets egne og de kan i de aller fleste tilfeller bare regnes som politiske meningsytringer.²⁴ Selv om det er på det rene at uttalelser i stortingsmeldinger ikke kan brukes som hjemmelsgrunnlag ved myndighetsutøvelse på områder hvor legalitetsprinsippet setter skranker, kan ytringene legge føringer for hvordan forvaltningsorganene skal utøve sin kompetanse innenfor rammen av overordnede forvaltningsorganers instruksjonskompetanse. Slik kan ytringer i stortingsmeldinger også komme inn som momenter ved konkrete vurderinger av rettsspørsmål. Det er på denne måten uttalelser i stortingsmeldingene må anvendes ved prekvalifiseringsordningen.

Utover stortingsmeldingen som etablerer prekvalifiseringsordningen, vil de dokumenter som myndighetene selv har utarbeidet være av rettskildemessig verdi. Dette vil gjelde dokumentene som Oljedirektoratet og Petroleumstilsynet har utarbeidet i forbindelse med prekvalifiseringsordningen. Bruken av disse kildene bør nok være noe kritisk ettersom dette er ensidige uttalelser som ikke nødvendigvis er ment for bruk til en rettslig analyse.

²¹ <http://www.npd.no/Norsk/Produkter+og+tjenester/Prekvalifisering/coverpage.htm>

²² http://www.ptil.no/Norsk/Helse+miljo+og+sikkerhet/HMS-aktuelt/4_aktorvurdering_info.htm og http://www.ptil.no/Norsk/Helse+miljo+og+sikkerhet/HMS-aktuelt/5_prekvalifikasjon_hms_krav.htm

²³ Boe (1984) side 171. Artikkelen er den siste av fire artikler hvor Erik Boe tar opp problemstillinger omkring stortingsdokumentenes rettslige status. (TfR 1977 side 14-69, Distriktenes utbyggingsfond: en kritisk rettslig/rettssosiologisk studie av DUF's generelle forvaltningsrettslige stilling (1979), JV 1981 side 235-255, og TfR 1984 side 170-181.).

²⁴ Boe (1984) side 171.

Når det er sagt er dokumentene i tillegg til de uttalelser i stortingsmeldingene den eneste informasjonskilde om prekvalifiseringsordningen.

Selv om petroleumsloven med forskrifter ikke får direkte anvendelse ved prekvalifiseringsordningen vil regelverket likevel kunne komme inn som rammer for myndighetenes skjønnsutøvelse og som rettskildefaktorer ved tolkningen av prekvalifiseringsregelverket. Også andre lover kan komme inn som tolkningsfaktorer ved prekvalifiseringsavgjørelsen. Dette gjelder særlig helse- og arbeidsmiljølovgivning samt til en viss grad forurensningslovgivning ved vurderingene som gjelder for helse, miljø og sikkerhet.²⁵ Også forarbeidene til disse lovene vil kunne komme inn og brukes som argumenter ved den rettslige analysen av prekvalifiseringsordningen.

EUs konsesjonsdirektiv er tatt inn som en del av EØS-avtalen i samsvar med EØS-avtalen artikkel 102 og er dermed en del av norsk rett, jf. lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 1.²⁶ Direktivet regulerer adgangen til markedet for petroleumsvirksomhet og ligger til grunn for det regelverk i petroleumsloven og forskrift fastsatt ved kgl. res. 27. juni 1997 om petroleumsvirksomhet (petroleumsforskriften) som gjelder tildeling av utvinningstillatelser. Krav til objektivitet, transparens, saklighet og ikke-diskriminering ved adgang til norsk kontinentalsokkel er fremtredende i konsesjonsdirektivet. Siden prekvalifiseringsordningen er et skritt på veien for å få adgang til å drive petroleumsvirksomhet på sokkelen, vil konsesjonsdirektivet kunne komme inn som tolkningsmoment og rettskildefaktor. EØS-rettslige prinsipper vil også komme inn som tolkningsmomenter på et mer overordnet nivå.

Utover petroleumsregelverket vil også den alminnelige forvaltningsrett komme inn ved den rettslige analysen av prekvalifiseringsordningen. Når myndighetene vurderer selskapene

²⁵ Forurensningslovgivningen kommer bare i mindre grad til anvendelse ved prekvalifiseringsordningen, fordi regelverket først og fremst får anvendelse på utslipp og lignende i forbindelse med produksjon av petroleum.

²⁶ 94/22/EF av 30. mai 1994 om vilkårene for tildeling og bruk av tillatelser til å drive leting etter og utvinning av hydrokarboner.

driver de med forvaltningsvirksomhet. Ulovfestede prinsipper for saksbehandlingen vil ha betydning selv om prekvalifiseringsordningen ikke er rettslig regulert. Disse prinsippene er utviklet delvis gjennom rettspraksis, men er i størst grad behandlet i teorien, både i samlede fremstillinger av forvaltningsretten og i spredte artikler.²⁷

Det finnes begrenset med rettspraksis på petroleumsvirksomhetens område generelt, og når det gjelder prekvalifisering og tildelinger av utvinningstillatelser spesielt finnes det ingenting.²⁸ Den rettspraksis jeg vil vise til i denne avhandlingen vil dermed være fra andre områder av forvaltningsretten som illustrasjon av de alminnelige saksbehandlings- og klageregler i forvaltningsretten.

Forvaltningens praksis ved prekvalifiseringen og ved tildeling av utvinningstillatelser vil være en informasjonskilde til hvordan systemet fungerer, men den kan bare i mindre grad brukes som rettskilde da de krav og vilkår som myndighetene stiller overfor selskapene aldri har blitt utfordret rettslig. Grunnen til at det er få saker i rettsapparatet er todelt: For det første er saksprosessen kostnadskrevende og en lang saksgang kan ofte føre til store økonomiske tap for selskapet. Det vil i mange tilfeller være mindre kostnadskrevende å tilpasse seg myndighetenes krav enn å gå gjennom prosess med dokumentasjon og risikere å komme i konflikt med forvaltningen. For det andre er aktørenes forhandlinger med myndighetene i stor grad taushetsbelagt. Det er dermed vanskelig å få innsyn i bakgrunnen for vedtak. Ofte blir det heller ikke fattet vedtak, men aktørene og myndighetene kommer bare uoffisielt til enighet. Det vil derfor være vanskelig å trekke opp noen faste linjer for myndighetenes praksis.

²⁷ Av samlede fremstillinger av forvaltningsretten har jeg for det meste brukt Eckhoff og Smith: Forvaltningsrett (2006), Graver: Alminnelig forvaltningsrett (2007), Bernt og Rasmussen: Frihagens forvaltningsrett, bind I (2003) og Boe: Innføring i juss, bind 2 (1993).

²⁸ Det er stort sett kun i spørsmål som gjelder skatt at oljeselskapene går til sak mot staten. Når det gjelder sikkerhetsregulering har det vært to saker oppe i Høyesterett etter Aleksander Kielland-ulykken i 1981, se Rt. 1984 side 337 og Rt. 1985 side 941. I tillegg har det vært en sak for Høyesterett vedrørende endringer i avgift på utvinningstillatelse i forbindelse med lovendring, se Rt. 1985 side 1355.

Endelig kan samarbeidsavtalen og konsesjonsavtalen som rettighetshaverne inngår ved tildeling av utvinningstillatelser kunne brukes som støtteargumenter ved vurderingen av prekvalifiseringsavgjørelsen. Disse konsesjonsdokumentene er avtaler som regulerer forholdet mellom de forskjellige rettighetshaverne samt forholdet mellom rettighetshaverne og myndighetene. Avtalene blir regnet som konsesjonsvilkår som må godtas for å få tildelt andel i en utvinningstillatelse.

3 Materielle krav ved prekvalifisering av nye aktører.

3.1 Innledning.

Alle aktører som skal drive petroleumsvirksomhet på norsk sokkel, må tilfredsstille visse kvalifikasjonskrav. Noen av disse kravene er faste, mens andre kan variere fra utvinningstillatelse til utvinningstillatelse, eller fra utlysning til utlysning. I petroleumsloven § 3-5 tredje ledd er det bestemt at tildelingen av utvinningstillatelser skal skje på "*grunnlag av saklige og objektive kriterier*". De samme saklighets- og objektivitetskriterier finnes i konsesjonsdirektivet, se blant annet fortalen og artikkel 2 nr. 2 og artikkel 5. Videre er det i petroleumsforskriften § 10 bestemt at tildeling skal skje slik at best mulig ressursforvaltning fremmes med grunnlag i kriterier om søkerens tekniske kompetanse og finansielle sikkerhet samt søkerens plan for leting og utvinning i det området som søkes tildelt. Ved godkjenning av overdragelse av andel i utvinningstillatelser kommer reglene ved tildeling av utvinningstillatelser til anvendelse så langt de passer. Det vil si at de faglige og finansielle kvalifikasjonskrav vil bli vurdert også ved overdragelsene.

Kvalifikasjonskravene som stilles ved prekvalifiseringsavgjørelsen er krav til søkerens tekniske og petroleumsfaglig kompetanse, finansielle styrke og krav innen helse, miljø og sikkerhet. Gjennom prekvalifiseringsvurderingen skal myndighetene bestemme om en aktør er kvalifisert til å være rettighetshaver eller operatør på norsk sokkel.

Vurderingskriteriene når det gjelder selskapets kvalifikasjoner ved tildeling av utvinningstillatelser vil i stor grad være sammenfallende med de kvalifikasjoner som stilles til en aktør ved tildeling av utvinningstillatelse, ettersom vurderingene har samme mål; undersøke og avgjøre om selskapet er kvalifisert til å drive petroleumsvirksomhet på norsk sokkel. Likevel må det tas i betraktning at vurderingstemaet ved prekvalifiseringsavgjørelsen vil være videre siden det er selskapets kvalifikasjoner som rettighetshaver på et mer generelt og overordnet nivå som er i fokus. Ved tildeling av utvinningstillatelser vil heller sammensetningen av aktører i rettighetshavergruppen og feltspesifikke forhold være av større interesse. I fremstillingen av de materielle krav tar jeg utgangspunkt i de kriterier for prekvalifiseringsordningen som er oppstilt av myndighetene, likevel slik at de krav som stilles ved tildeling av utvinningstillatelse etter petroleumsløven med forskrifter vil bli trukket inn i vurderingene som argumenter.

3.2 Teknisk og petroleumsfaglig kompetanse.

3.2.1 Aktørens tekniske og petroleumsfaglige kompetanse.

Ved vurderingen av om en aktør har tilstrekkelig petroleumsfaglig kompetanse ved søknad om prekvalifisering har myndighetene selvfølgelig ikke muligheten til å vurdere selskapet opp mot andre aktører det forventes at søkeren skal samarbeide med. Det kan heller ikke tas utgangspunkt i feltspesifikke vurderinger. Den petroleumsfaglige kompetansen vurderes derfor etter helt generelle kriterier.

En ny aktør må kunne bidra til å øke verdiskapning på norsk kontinentalsokkel gjennom sin tekniske og petroleumsfaglige kompetanse. Det kreves at den potensielle nye aktøren skal ha tilstrekkelig antall ansatte med denne type kompetanse slik at selskapet har kapasitet til aktivt og løpende kunne følge opp sine eierandeler på kontinentalsokkelen.²⁹ Med søkerens tekniske og petroleumsfaglige kompetanse menes blant annet kompetanse vedrørende utviklingsarbeid, forskning, sikkerhet og miljø, og *"hvordan denne kan bidra aktivt til en*

²⁹ St.meld. nr. 38 (2003-2004) side 43.

kostnadseffektiv undersøkelse etter, og eventuell utnyttelse av, petroleum fra det berørte geografiske området".³⁰ Oljedirektoratet har ved prekvalifiseringsordningen vurdert kriteriet slik at det kreves at aktører på norsk sokkel må ha minimumskompetanse innen alle relevante fagfelt for å være i stand til å analysere, forstå og følge opp aktiviteter i utvinningstillatelsen. Operatører og rettighetshavere må ha tilstrekkelig egen kapasitet og kompetanse til å ivareta sine forpliktelser i forhold til krav som stilles gjennom petroleumsregelverket.³¹

Siden et av målene med å åpne sokkelen for nye aktører er disse aktørenes bidrag til økt verdiskapning, kreves det at nye rettighetshavere og operatører skal kunne gi selvstendige bidrag til denne verdiskapningen gjennom sin tekniske og petroleumsfaglige kompetanse.³² En ny aktør skal ikke kunne hvile på kompetansen til andre aktører i samme rettighetshavergruppe. Det kreves at aktørene kan ta en selvstendig vurdering omkring leting og utvinning av eventuelle funn.

For nye aktører som ønsker å få tildelt andeler til utvinningstillatelse på norsk kontinentalsokkel er det ikke sikkert at det stilles like strenge krav innenfor *alle fagområder* som faller inn under begrepet petroleumsfaglig kompetanse.³³ Det betyr at en mindre aktør ikke trenger å inneha samme bredde innenfor petroleumsfaglige emner som de fullt integrerte oljeselskapene. Det kan være tilstrekkelig at selskapet har relevant petroleumsfaglig kompetanse sammenlignet med de andre rettighetshaverne og i forhold til feltet som det søkes om utvinningstillatelse til. På de områder som aktøren har kompetanse, stilles det like høye krav til denne aktøren som til de større aktørene.

De selskaper som ønsker å bli prekvalifisert har vanligvis en liten organisasjon. Ofte består organisasjonen som skal drive virksomheten i Norge ikke av mer enn rundt 15 personer. Vurderingen av om selskapet innehar petroleumsfaglig kompetanse vil derfor være sterkt

³⁰ Olje- og energidepartementet: Nordsjøtildelingene 2002.

³¹ Oljedirektoratet – Krav til nye rettighetshavere/operatører (6.10.2006):

http://www.npd.no/Norsk/Produkter+og+tjenester/Prekvalifisering/krav_til_nye_aktorer.htm

³² Oljedirektoratet – Krav til nye rettighetshavere/operatører (6.10.2006)

³³ St.meld. nr. 39 (1999-2000) side 76.

personavhengig, og en forandring på en til to personer i arbeidsstokken kan få store utslag på kompetansen. Oljedirektoratet har satt et krav om minimum 8-9 personer med teknisk og petroleumsfaglig kompetanse for at aktøren skal kunne bli kvalifisert som rettighetshaver på norsk kontinentalsokkel.³⁴ Hvor mange utvinningstillatelser selskapet kan ha med denne minimumsbemanningen er ikke sikkert, men jeg antar at det ikke kan være mange. Med en gang selskapet får en viss størrelse på porteføljen må nok også organisasjonen utvides når det gjelder personell med teknisk og petroleumsfaglig kompetanse.

Ved prekvalifiseringen av selskapene er det små marginer for om den petroleumsfaglige kompetansene er tilfredsstilt eller ikke. Det må derfor også vurderes om det kvalifiserte personellet har *kapasitet* til å kunne følge opp sine eierandeler på norsk kontinentalsokkel.³⁵ Ved gjennomgangen av selskapet ved prekvalifiseringen legger selskapet frem en plan om hvordan de ønsker å etablere seg og utvikle sin virksomhet på norsk kontinentalsokkel som må godkjennes for at selskapet skal bli prekvalifisert. Denne planen kalles en scenariobasert oppbygging av selskapet og beskriver selskapets organisasjon på ulike stadier av selskapets engasjement i Norge. Her vil antall ansatte med teknisk og petroleumsfaglig kompetanse på de forskjellige stadier være et vurderingstema ved godkjenningen av planen.

Selskapet må opprettholde den faglige kompetansen i henhold til den scenariobaserte planen for oppbygging av organisasjonen fra det tidspunktet selskapet er prekvalifisert, ved tildeling av utvinningstillatelse og hele tiden mens selskapet driver petroleumsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel. Dersom kompetansen forandres underveis, kan tillatelser og andre godkjennelser trekkes tilbake med den begrunnelse at vilkårene for den eventuelle tillatelse eller godkjennelse ikke lenger er tilfredsstilt. Selskapet kan også få pålegg om å stoppe virksomheten til selskapet har ansatt flere personer med teknisk og petroleumsfaglig kompetanse i selskapet, jf. den generelle påleggsbestemmelse i petrl. § 10-3. I den ytterste

³⁴ Oljedirektoratet – krav til organisasjon i Norge (6.10.2006):

http://www.npd.no/Norsk/Produkter+og+tjenester/Prekvalifisering/krav_Til_organisasjon.htm.

³⁵ St.meld. nr. 38 (2003-2004) side 43.

konsekvens vil ikke selskapet være kvalifisert til å drive petroleumsvirksomhet og dermed få sine andeler i utvinningstillatelser trukket tilbake, se petrl. § 10-13.

3.2.2 Aktørens spesialkompetanse som eget moment.

Utover aktørenes minimumskompetanse, kan det videre være krav til besittelse av spesialkompetanse innenfor relevante fagfelt for å kunne bidra til verdiskapning på norsk kontinentalsokkel.³⁶ Departementet ønsker gjerne selskaper som er komplementære med de selskapene som allerede er aktive rettighetshavere på kontinentalsokkelen. Det vil si at kompetanse innen nye og andre tekniske og petroleumsfaglige områder kan gjøre selskapet mer attraktivt for norsk sokkel.

Ved tildeling av utvinningstillatelse vil en rettighetshavergruppe settes sammen etter en vurdering av aktørenes ulike kompetanse, slik at utvinningstillatelsen som blir tildelt blir forvaltet på best mulig måte. Det forventes at nye aktører skal kunne bidra med egne faglige vurderinger som utfordrer og utfyller de øvrige rettighetshaverne i utvinningstillatelsen.³⁷ Slik spesialkompetanse kan naturligvis ikke vurderes opp mot andre rettighetshavere ved prekvalifisering av aktøren. Her skjer vurderingene på et mer generelt nivå hvor det tas i betraktning hvilke typer spesialkompetanse det er behov for på kontinentalsokkelen. En aktør som ikke nødvendigvis har den fulle bredde når det gjelder petroleumsfaglig kompetanse kan likevel vurderes som kvalifisert dersom aktøren har særdeles god kompetanse på et særskilt område. Typiske eksempler på spesialkompetanse som i de siste år har vært ønskelig på norsk kontinentalsokkel er haleproduksjon, boring ved høyt trykk og høy temperatur samt leting og boring på dypt vann. Det finnes også selskap som har spesialisert seg på undersøkelse og leteboring og som baserer seg på å selge andelene på de feltene de finner produserbare ressurser.

³⁶ Oljedirektoratet – Krav til nye rettighetshavere/operatører (6.10.2006)

³⁷ Oljedirektoratet – Krav til nye rettighetshavere/operatører (6.10.2006)

3.3 Krav til finansiell styrke.³⁸

En aktør som søker om å bli prekvalifisert må kunne må dokumentere evne til å ivareta finansielle forpliktelser man vil ha som rettighetshaver eller operatør i de potensielle utvinningstillatelsene. Dette innebærer blant annet at aktøren må ha en solid egenkapital, og at det er et rimelig forhold mellom egenkapital og gjeld hos aktøren.³⁹ Ved konsesjonsrunder er det vanligvis oppgitt minstekrav til aksjekapital for å kunne søke om tildeling av andel i utvinningstillatelser. Beløpet de siste konsesjonsrundene har vært på minimum en million norske kroner.

Finansiell styrke er et viktig kriterium ved vurderingen av en aktør ikke bare ved prekvalifiseringen, men også ved tildeling av utvinningstillatelser. Petroleumsvirksomheten er en svært kostnadskrevende virksomhet forbundet med stor økonomisk risiko. For det første er det usikkert om det i det hele tatt finnes petroleum i det området man har fått tildelt utvinningstillatelse til. Hvis man har funnet petroleum er det for det andre usikkert om feltet er drivverdig, altså om det er økonomisk forsvarlig å produsere petroleum fra dette feltet. Og hvis man finner feltet drivverdig så tar det for det tredje flere år fra tildeling av utvinningstillatelse finner sted til faktisk produksjon blir satt i gang og man begynner å få inntekter. Finansiell styrke er et nødvendig vilkår for at en aktør skal kunne klare seg gjennom hele denne prosessen. Finansielle begrensninger kan i motsatt fall bli til hinder for en effektiv kartlegging og utnyttelse av petroleumsressursene i en utvinningstillatelse.⁴⁰

Krav til aktørens finansielle situasjon må ses i forhold til det engasjementet aktøren ønsker å opparbeide seg. En vurdering av aktørens finansielle styrke ved prekvalifiseringen vil derfor være av mer generell art. Ved konkrete søknader om overdragelse eller tildeling av utvinningstillatelser vil det være aktuelt å stille mer konkrete finansielle krav til aktøren.⁴¹ Disse kravene vil være avhengig av hvilke behov som det trengs i rettighetshavergruppen

³⁸ For en inngående analyse av dette kravet ved overdragelse av andeler til nye aktører, se Tveit (2004): Myndighetenes adgang til å stille vilkår om finansiell sikkerhet ved andelsoverdragelser til nye aktører. MarLus nr. 318.

³⁹ Oljedirektoratet – Krav til nye rettighetshavere/operatører (6.10.2006)

⁴⁰ St.meld. nr. 38 (2003-2004) side 43.

⁴¹ Oljedirektoratet – Krav til nye rettighetshavere/operatører (6.10.2006)

og ved den aktuelle utvinningstillatelsen. Også her kan det være et moment at rettighetshaverne er komplementære slik som ved vurderingen av den faglige kompetansen, se avsnitt 3.2.2. Er rettighetshavergruppen fra før preget av tyngre aktører som har faglig kompetanse, men som vegrer seg for å investere, vil en ny aktør med stor finansiell styrke lettere få godkjent en overdragelse av andel i denne utvinningstillatelsen til tross for at aktøren har noen mangler når det gjelder faglig kompetanse på den type felt som overdragelsen gjelder. Motsatt kan en aktør med særegen petroleumsfaglig kompetanse lettere få tillatelse til tross for svakheter på den finansielle side dersom det er andre rettighetshavere med investeringsevne og -vilje som skal få tildelt andeler i utvinningstillatelsen sammen med denne aktøren.

Den scenariobaserte planen for oppbygging av organisasjonen inneholder ofte en finansieringsplan slik at den finansielle styrke ikke nødvendigvis trenger å være på plass ved prekvalifiseringen. Det er kostnadskrevende i seg selv å etablere et oljeselskap, og det kan være nødvendig å søke om prekvalifisering av selskapet før eventuelle investorer eller lignende er på plass for å korte ned tiden hvor selskapet er uten inntekter. En prekvalifiseringsavgjørelse av et børsnotert selskap kan også føre til at aksjekursen stiger og dermed at verdien av selskapet øker.

3.4 Krav som stilles til aktøren med hensyn til HMS-regelverket.

3.4.1 Rettslige krav til helse, miljø og sikkerhet

Når det gjelder spørsmål om hvilke krav som stilles til rettighetshavere og operatører på helse-, miljø- og sikkerhetssiden, er det ikke nok å ha petroleumsløven og -forskriften som utgangspunkt. HMS-regelverket i petroleumsvirksomheten har ikke bare grunnlag i petroleumsløven, men er også forankret i arbeidsmiljøloven, helselovgivningen og forurensingsloven. I dette kapittelet vil jeg angi generelt hvilke krav som stilles til HMS etter petroleumsløven, før jeg går nærmere inn på hvilke krav som stilles ved

prekvalifisering i avsnitt 3.4.2. Det er Petroleumstilsynet som står for vurderingen av selskapets kvalifikasjoner innenfor dette området.

Etter petrl. § 1-3 er det ingen andre enn staten som kan drive petroleumsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel uten tillatelser, godkjenninger og samtykker som kreves. Det stilles ikke noen eksplisitte krav til HMS-kompetanse ved tildeling av rettigheter på norsk kontinentalsokkel, men like fullt vil kravene komme til uttrykk gjennom styringssystemer som må godkjennes av myndighetene før rettighetshaverne kan gå i gang med virksomheten. Regler om sikkerhetsregulering kommer mer eller mindre klart uttrykk i flere bestemmelser i petroleumsløven.

I petroleumsløven § 10-1 er det oppstilt krav om forsvarlig drift. Her er det stilt krav om at petroleumsvirksomhet etter petroleumsløven skal foregå på en forsvarlig måte og i samsvar med gjeldende regelverk. Videre er det bestemt at petroleumsvirksomheten skal *"ivareta hensynet til sikkerhet for personell, miljø og de økonomiske verdier innretninger og fartøyer representerer, herunder driftstilgjengelighet"*. Dette forsvarlighetskravet er den overordnede regelen når det skal vurderes om HMS-rettslige kvalifikasjonskrav er oppfylt. Regelen er en rettslig standard som vil forandre seg ettersom teknologien utvikler seg, og vurderingen må til enhver tid følge det gjeldende regelverk. Drøftelsen om hva som ligger i begrepet *"forsvarlig petroleumsvirksomhet"* vil da bero på en tolkning av det underliggende regelverk.

Videre er det i petrl. § 9-1 oppstilt krav til at petroleumsvirksomheten skal foregå på en slik måte at et *"høyt sikkerhetsnivå kan opprettholdes og utvikles i takt med den teknologiske utvikling"*. Med denne bestemmelsen stilles det et krav til at aktørene ikke kan stå på stedet hvil når det gjelder sikkerhet. Det blir stadig stilt større krav til sikkerheten. Det finnes også et beredskapskrav i petrl. § 9-2. Her kreves det at rettighetshaverne og andre som deltar i petroleumsvirksomheten til enhver tid skal opprettholde en effektiv beredskap med sikte på å møte eventuelle fare- eller ulykkessituasjoner. Videre er det tiltakspålagt for å minimere skadevirkningene av en eventuell ulykke.

Utover de regler som er nevnt her er den viktigste bestemmelsen som gjelder HMS-regulering i formell lovs form petrl. § 10-6. Denne bestemmelsen oppstiller to forskjellige typer av plikter for rettighetshaver.

I første ledd er det oppstilt en tiltaksplikt: Rettighetshaver har plikt til å etterleve regelverket gjennom *”iverksettelse av nødvendige systematiske tiltak”*.⁴² Etter forarbeidene kreves det *”aktive og målrettede tiltak som har som mål at petroleumsretten på alle plan drives i samsvar med regelverket”*.⁴³ Det fremheves her at dette gjelder spesielt innen sikkerhetsarbeidet, siden sikkerhet for personell, materiell og miljø må planlegges og gjennomføres i alle ledd av virksomheten.

Videre er det etter annet ledd pålagt en særskilt *”påseplikt”* for rettighetshavere. Dette er fordi det er rettighetshaver som er tildelt utvinningstillatelsen og dermed har det overordnede ansvaret for at petroleumsvirksomheten drives på en forsvarlig måte. Rettighetshaver er også gjennom operatøren, som innehar den daglige ledelse i rettighetshavergruppen, oppdragsgiver, enten direkte eller gjennom flere ledd, for aktiviteten i forbindelse med utvinningstillatelsen. Påseplikten er formelt kun tillagt rettighetshavere, men denne type plikt går igjen i alle ledd gjennom forskriftsverket. Påseplikten er en måte å føre internkontroll med aktørene som jobber på oppdrag fra rettighetshaver, og den pålegger også rettighetshaver et ansvar for de andre deltakerne.

HMS-regelverket består på forskriftsnivå av en overordnet forskrift (rammeforskriften) og fire underordnede forskrifter (styringsforskriften, opplysningsforskriften, innretningsforskriften og aktivitetsforskriften). Dette forskriftsverket er svært teknisk og i stor grad basert på såkalte funksjonskrav. Det vil si at regelverket ikke sier noe om hva som skal til for at regelverket er oppfylt, men hvilket nivå av sikkerhet som kreves. Videre har

⁴² Jf. petrl. § 10-6 første ledd. Med ”regelverket” menes i dette tilfellet lov, forskrifter og enkeltvedtak gitt i medhold av lov.

⁴³ Ot.prp. nr. 43 (1995-96) side 62.

Petroleumstilsynet utarbeidet veiledninger til regelverket som i stor grad angir hva som skal til for å oppnå det angitte nivå. Disse veiledningene er ikke juridisk bindende.

3.4.2 HMS-krav til aktøren ved prekvalifiseringen.

Det er altså Petroleumstilsynet som vurderer HMS-kompetansen til aktører som vil drive med petroleumsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel. Vurderingene inngår både som ledd i prekvalifisering av nye aktører og ved tildeling av utvinningstillatelser.⁴⁴ De vil være av en annen karakter enn vurderingene av teknisk kompetanse og finansiell styrke. Kravene som stilles må måles etter hva som er nødvendig for å opprettholde og utvikle sikkerhetsnivået på kontinentalsokkelen, slik at virksomheten drives forsvarlig.

Ved prekvalifiseringen vurderer Petroleumstilsynet den generelle HMS-kompetanse gjennom kompetent personell ansatt i organisasjonen. Kravene til rettighetshavers kompetanse og kapasitet når det gjelder helse, miljø og sikkerhet er strenge. Nye aktører vil måtte dokumentere tilstrekkelige ressurser og kompetanse for å sannsynliggjøre og dokumentere at de er kvalifisert for å drive petroleumsvirksomhet.⁴⁵

HMS-regelverket stiller ikke eksplisitte krav til hvor mange personer som må ha kompetanse innen helse, miljø og sikkerhet i det enkelte selskap, og myndighetene åpner for muligheten til å bruke ekstern kompetanse også innen disse områdene.⁴⁶ Et selskap vil likevel ikke være kvalifisert til å ivareta sine plikter etter regelverket, verken som rettighetshaver eller som operatør, uten selv å ha personell med denne type kompetanse. Petroleumstilsynet har gjennom sin praksis vurdert det dit hen at rettighetshaver er kvalifisert etter HMS-regelverket dersom den som et minimum har 8-9 fagpersoner med reell HMS- og petroleumsfaglig kompetanse fast ansatt i organisasjonen i Norge. Det

⁴⁴ Petroleumstilsynet – Aktørvurdering og prekvalifisering i et HMS-perspektiv (6.4.2005).

http://www.ptil.no/Norsk/Helse+miljo+og+sikkerhet/HMS-aktuelt/4_aktorvurdering_info.htm

⁴⁵ Petroleumstilsynet – Prekvalifisering av nye selskaper til norsk kontinentalsokkel – regelverkskrav (6.4.2005). http://www.ptil.no/Norsk/Helse+miljo+og+sikkerhet/HMS-aktuelt/5_prekvalifikasjon_hms_krav.htm

⁴⁶ Petroleumstilsynet – Prekvalifisering av nye selskaper til norsk kontinentalsokkel – regelverkskrav (6.4.2005)

kreves ikke at personer må jobbe med HMS på heltid, men det må vurderes om de forskjellige arbeidsoppgaver en person arbeider med kan komme i konflikt med hverandre. Det kan være vanskelig om det er samme person som skal ta stilling til sikkerhet i tillegg til effektiv ressursforvaltning, da disse kan være motstridende.

Videre må rettighetshaver ha kompetanse innen HMS, for blant annet å kunne kvalifisere en entreprenør som er oppdragstaker for rettighetshavergruppen, definere et kvalifisert oppdrag for en entreprenør som skal bidra til arbeidet, ta stilling til kvaliteten av de produktene eller tjenestene en entreprenør leverer og for å ta stilling til operatørens styring av HMS-området.⁴⁷ Rettighetshaver er forpliktet til å foreta egne vurderinger på dette området, på grunn av påseplikten rettighetshaveren har overfor operatøren.

3.5 Krav til organisasjon i Norge.

I petrl. § 10-2 heter det at rettighetshaver skal ha en organisasjon ”*som er i stand til selvstendig å lede petroleumsvirksomheten fra Norge*”, med mindre departementet bestemmer noe annet.⁴⁸ Frem til de siste årene har etablering av organisasjon i Norge vært et absolutt krav fra myndighetenes side, med den begrunnelse at virksomheten er avhengig av at aktøren er en del av det norske fagmiljøet og kan bidra til, og trekke på, unik kunnskap om norsk kontinentalsokkel.⁴⁹ Ved Ot.prp. nr. 46 (2002-2003) ble det hjemlet en adgang for departementet til å gjøre unntak fra dette kravet.⁵⁰ Dette medfører at rettighetshavere med veldig liten aktivitet i Norge har anledning til å styre virksomheten fra en organisasjon i et annet land. Dette unntaket gjelder kun for aktører som ikke er

⁴⁷ Petroleumstilsynet – Prekvalifisering av nye selskaper til norsk kontinentalsokkel – regelverkskrav (6.4.2005).

⁴⁸ Det er også et spørsmål om hvorvidt denne bestemmelsen er kan være i strid med EØS-retten. Dette er en svært interessant problemstilling som dessverre faller utenfor avhandlingens rammer. Så lenge etableringskravet anvendes likt overfor aktørene vil kravet ikke være i strid med reglene om lik adgang til norsk kontinentalsokkel.

⁴⁹ Oljedirektoratet – krav til organisasjon i Norge (6.10.2006)

⁵⁰ Ot.prp. nr. 46 (2002-2003) side 27-28.

operatører på norsk sokkel, og som har eierandeler med lite økonomisk omfang.⁵¹ Unntaket fra å etablere en organisasjon i Norge er dermed snevert.

Det er organisasjonen i Norge som skal inneha personell med petroleumsfaglig og HMS-kompetanse som jeg har beskrevet ovenfor, slik at kompetansen til et morselskap eller lignende er mindre relevant ved kvalifikasjonsvurderingen av aktøren. I de fleste tilfeller må organisasjonen være etablert i Norge på det tidspunkt da aktøren for første gang får tildelt andel i en utvinningstillatelse eller ved samtykke etter overdragelse av andel. I særskilte tilfeller aksepteres en noe lenger frist til å bygge opp organisasjonen, se ovenfor i avsnitt 2.1 Denne fristen er som oftest satt til mellom 6 og 12 måneder.⁵²

3.6 Særlige krav for å bli prekvalifisert som operatør.

Mindre selskap ønsker gjerne å starte opp produksjon på en type felt som de tyngre aktørene ikke er interessert i å være med for eksempel fordi produksjonskostnadene blir for høye. Det er da behov for at også de mindre aktørene kan opptre som operatører. Vurderingen blir gjort på samme måte som for rettighetshavere, men det stilles mer omfattende kvalifikasjonskrav til en aktør som ønsker å bli operatør på grunn av hans ansvar for den daglige ledelse av utvinningstillatelsen. Å ha ansvar for den daglige ledelse av en utvinningstillatelse innebærer at operatøren må ha tilstrekkelige ressurser og personell til å kunne styre og gjennomføre alle aktuelle operasjoner og aktiviteter i henhold til det til enhver tid gjeldende regelverk.⁵³ I tillegg er det operatøren som har den direkte kontakten med leverandører og myndigheter. Etter petrl. § 3-7 er det departementet som utpeker eller godkjenner operatøren.

⁵¹ Ot.prp. nr. 46 (2002-2003) side 27 og St.meld. nr. 39 (1999-2000) side 77.

⁵² Oljedirektoratet – krav til organisasjon i Norge (6.10.2006)

⁵³ Oljedirektoratet – Krav til nye rettighetshavere/operatører (6.10.2006).

4 Prekvalifiseringens kompetansegrunnlag.

4.1 Problemstillingen: Hvilket rettslig grunnlag bygger departementene med underordnede organer på ved prekvalifisering av nye aktører på norsk sokkel?

Som nevnt i kapittel 1.1 er prekvalifiseringsordningen en frivillig ordning. Det er ikke obligatorisk for nye aktører å gå gjennom en prekvalifisering for å få adgang til norsk sokkel. Derimot er ordningen et tilbud til selskap som er interessert i å etablere seg på norsk sokkel.⁵⁴

Hensikten bak prekvalifiseringsordningen har altså i utgangspunktet ikke vært annet enn at et selskap som ønsker å etablere seg på norsk sokkel skal kunne gjennomgå en vurdering av selskapet og dets kvalifikasjoner for å bestemme hva som skal til for at selskapet skal være kvalifisert til å drive petroleumsvirksomhet på norsk sokkel. Det har ikke blitt utarbeidet forskrifter eller annet formelt regelverk om hvordan prekvalifiseringen skal foregå eller om beslutningens karakter. Det er likevel muligheter for at prekvalifiseringen har en annen og videre virkning enn det myndighetene hadde forutsatt da ordningen ble innført.

For å vurdere om prekvalifiseringsordningen har en andre virkninger og i tilfelle å avgjøre hvilke virkninger dette kan være, må det først avgjøres hvilket rettslig kompetansegrunnlag som utøves når myndighetene vurderer et selskaps kvalifikasjoner etter prekvalifiseringsordningen. Alminnelige prinsipper i vår statsforfatnings- og forvaltningsrett krever at forvaltningen har et rettslig grunnlag for sine handlinger og beslutninger.⁵⁵ I utgangspunktet er hjemmel i lov eller i medhold av lov bare nødvendig dersom myndighetene ikke har tilstrekkelig kompetanse i andre hjemmelsgrunnlag, som for eksempel privat autonomi, sedvane, organisasjons- eller instruksjonsmyndighet. Dette kalles gjerne den negative definisjonen av legalitetsprinsippet.

⁵⁴ St.meld. nr. 38 (2001-2002) kapittel 5.4.1.

⁵⁵ Se for eksempel Graver (2007) side 69-71.

Legalitetsprinsippet kan også defineres positivt ved å si at inngrep i privates rettssfære krever hjemmel i lov eller i medhold av lov.⁵⁶ Det er klart at prekvalifiseringen ikke er et inngrep i selskapets rettssfære, og dermed at avgjørelsen som sådan ikke er bundet av legalitetsprinsippet. Ofte vil det være tvilsomt hvilket kompetansegrunnlag forvaltningen bruker, og i mange tilfeller finnes det flere kompetansegrunnlag som kan brukes på samme beslutning.

4.2 Mulige rettsgrunnlag for prekvalifiseringen.

4.2.1 Innledning.

I dette avsnittet vil jeg ta for meg andre mulige rettsgrunnlag enn lov for å vurdere om disse kan være tilstrekkelige for myndighetenes kompetanse til å prekvalifisere nye aktører på norsk sokkel. For strukturens skyld vil jeg vurdere de mulige rettslige grunnlagene hver for seg. Grunnlovens spesielle kompetanseregler som gjelder for Stortinget og kompetanse som følger av nødrettsbetraktninger har jeg valgt å ikke behandle da disse kompetansegrunnlag av åpenbare grunner ikke kan komme til anvendelse ved en avgjørelse om prekvalifisering foretatt av myndighetene.

Dersom det visere seg at ingen av disse kompetansegrunnlagene ikke er tilstrekkelige, betyr det at kompetansen må utledes fra lov. Ved prekvalifiseringen vil det være petroleumsloven som i tilfelle må være hjemmelsgrunnlag. Det betyr ikke at prekvalifiseringen i seg selv må være lovhjemlet. Mange av beslutningene myndighetene foretar seg forut for eller i ledd med å treffe et vedtak er ikke av en slik art at de trenger lovhjemmel.

4.2.2 Instruksjons- og organisasjonsmyndighet.

Instruksjons- og organisasjonskompetansen er det rettslige grunnlaget som brukes ved organisering av den utøvende myndighet – altså forvaltningen. Av Grl. § 3 og sedvane

⁵⁶ Se mer om legalitetsprinsippet i Eckhoff og Smith (2006) s. 323-343 og Graver (2007) s. 210-250.

følger det at regjeringen og til en viss grad dens underordnede organer har kompetanse til å bestemme over og instruere underordnede organer og personer ansatt i forvaltningen.⁵⁷

Med dette rettsgrunnlag kan for eksempel et departement som OED ikke bare instruere sine ansatte, men også underordnede organ som Oljedirektoratet. Denne kompetansen kan ikke brukes til å bestemme over private rettssubjekter og er derfor ikke et aktuelt rettsgrunnlag ved prekvalifisering av nye aktører. Kompetansen kan likevel brukes til å instruere for eksempel Oljedirektoratet til å bruke kompetansen sin på en bestemt måte når direktoratet vurderer en aktørs kvalifikasjoner.

4.2.3 Sedvanerettsbasert kompetanse.

I noen tilfeller kan det utvikles egne kompetanseregler gjennom sedvaneretten.

Forvaltningens ulovfestede kompetanse til å omgjøre egne og underordnede vedtak er et eksempel på dette.⁵⁸ For at det skal etableres en sedvanerettslig kompetanse må det ha vært en fast og langvarig praksis. Det må også til en viss grad vært enighet om praksisen, og den regel som praksisen lager må være uttrykk for en god regel.⁵⁹ Det klare utgangspunkt i forvaltningsretten må også være at forvaltningen ikke kan utvide sin kompetanse ved å vise til at den tidligere har gått utover sin kompetanse.⁶⁰ Ved innføringen av prekvalifiseringsordningen har ikke, som jeg kommer tilbake til nedenfor i avsnitt 5.2.3, myndighetene gått ut over sin kompetanse. Prekvalifiseringsinstituttet ble likevel ikke innført før våren 2000, og antageligvis må det nok mer enn åtte års praksis til for at noe skal etableres som sedvanerett. Det må likevel kunne hevdes at det har etablert seg en så fast og entydig praksis slik at det selv i dag kan være vanskelig å endre på denne.

4.2.4 Kompetanse gjennom privat autonomi.

Med kompetanse gjennom privat autonomi menes den rådigheten forvaltningen har over sin egen eiendom og andre rettigheter som for eksempel å binde seg ved avtale, løfte eller

⁵⁷ Eckhoff og Smith (2006) side 327.

⁵⁸ Eckhoff og Smith (2006) side 328.

⁵⁹ Andenæs (2004) side 22-23.

⁶⁰ Eckhoff og Smith (2006) side 328.

lignende.⁶¹ Som utgangspunkt vil de samme reglene gjelde for det offentlige som for private parter. Likevel kan grensen mellom det som kan bestemmes i kraft av eierrådighet og avtalekompetanse, og det som krever hjemmel i lov være vanskelig å trekke.

Med privat autonomi som kompetansegrunnlag kan staten inngå avtaler med private om kjøp og salg av statens petroleum. Man kunne tenke seg at staten med samme utgangspunkt har anledning til å inngå avtaler om hvem som skal få utvinne statens petroleum og på hvilke vilkår dette skal foregå på grunnlag av at staten har eierrettigheter til petroleumsforekomstene og eksklusiv rett til ressursforvaltning av petroleumsressursene på kontinentalsokkelen, jf. petrl. § 1-1.

Den alminnelige avtalekompetansen vil som utgangspunkt ikke gi kompetanse til å inngå avtaler om hvordan den offentlige myndighet som er fastsatt ved særskilt lovbestemmelse skal utnyttes.⁶² Maktfordelingsprinsippet i vår forfatning tilsier at den utøvende myndighet ikke kan gå lengre enn det lovgiver har tildelt kompetanse til. Kompetansen til å tildele utvinningstillatelser og på hvilke vilkår dette kan gjøres er regulert i petrl. § 3-5 jf. petroleumsforskriften § 10. Når Stortinget har lovregulert dette området kan ikke myndighetene ikke uten videre inngå avtale om at selskap skal få produsere petroleum i kraft av privat autonomi. Det kan likevel tenkes at myndighetene i noen tilfeller bruker avtale som alternativ til å treffe et enkeltvedtak. Kompetansegrunnlaget vil i slike tilfeller ikke være privat autonomi, men myndighetsutøvelse. Det vil det i en viss grad være anledning til, så lenge myndighetene holder seg innenfor lovens rammer og ikke handler i strid med formålet med loven og grunnen for lovgivningen. Staten kan dermed ikke tildele utvinningstillatelse til et selskap gjennom avtale uten å oppfylle kriteriene om at tildelingen skal skje etter objektive og saklige kriterier. De generelle kravene til forsvarlig saksbehandling vil også gjelde ved slik avtaleinngåelse.⁶³

⁶¹ Eckhoff og Smith (2006) side 327.

⁶² Graver (2007) side 222.

⁶³ Graver (2007) side 224.

Når den lovgivende myndighet har lovregulert området for petroleumsvirksomheten, kan det spørres om forvaltningen likevel har mulighet til å bruke privat autonomi som kompetansegrunnlag ved prekvalifisering av nye aktører på norsk sokkel. Etter min oppfatning kan dette vanskelig være tilfelle. Når privat autonomi ikke er et tilstrekkelig kompetansegrunnlag ved tildeling av utvinningstillatelser, kan kompetansegrunnlaget heller ikke være tilstrekkelig ved andre beslutninger som er innenfor de samme rammene for lovreguleringen.

4.2.5 Konklusjon.

Etter dette må det konkluderes med at det rettslige kompetansegrunnlaget ligger innenfor området for myndighetsutøvelse, siden ingen av de andre mulige kompetansegrunnlagene forvaltningen kan legge til grunn for sin virksomhet kan komme til anvendelse.

4.3 Prekvalifiseringen: en form for myndighetsutøvelse.

Prekvalifisering av nye aktører på norsk sokkel må etter drøftelsen over i avsnitt 4.2 kategoriseres som myndighetsutøvelse ettersom andre kompetansegrunnlag ikke er tilstrekkelige. Forvaltningsloven kommer til anvendelse på petroleumsvirksomheten, jf. petrl. § 1-5 som angir rekkevidden for *"annen norsk rett[s]"* anvendelse på petroleumsvirksomheten. Forvaltningslovens regler om saksbehandling ved forvaltningsavgjørelser vil derfor gjelde ved myndighetsutøvelse på petroleumsvirksomhetens område. Jeg forutsetter at dette også må gjelde for prekvalifiseringen, så lenge ikke annet er bestemt.

De vanligste formene for myndighetsutøvelse er de tilfellene hvor forvaltningen treffer et vedtak, jf. fvl. § 2 første ledd bokstav a). Her defineres et vedtak som *"en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer"*. Slike vedtak vil være forskrifter dersom de er generelle, eller enkeltvedtak dersom det er avgjørelser i enkeltsaker.

Det er ikke gjennom all myndighetsutøvelse man oppnår en rettslig vernet posisjon slik som ved enkeltvedtak. Myndighetene kan også treffe beslutninger som ikke direkte gir private rettssubjekter rettigheter eller pålegger dem plikter. Mye av det forvaltningen holder på med er saksforberedelse. Det kan være en betenkning eller uttalelse om hvordan et spørsmål er å forstå eller det kan være en forberedende uttalelse fra en annen person enn den som har vedtakskompetanse. Også mye av virksomheten består i informasjonsarbeid. Under alle disse områdene må forvaltningen ta beslutninger.

4.4 Fremstillingen videre.

I den videre fremstillingen ønsker jeg å undersøke hvilken form for myndighetsutøvelse forvaltningen utøver ved prekvalifiseringen. Først må det vurderes om prekvalifiseringen har noen rettslige virkninger. Hvis det ikke er tilfelle, vil avgjørelsen kun være et utsagn som gir en faktisk virkning i form av en slags sikkerhet om at man er kvalifisert, men som ikke gir selskapet noen *rettslig* posisjon. Det vil være tema i det følgende.

5 Virkninger av at et selskap har blitt prekvalifisert.

5.1 Kan en prekvalifisering gi aktøren fortrinn ved tildeling av utvinningstillatelse?

Et spørsmål som reiser seg når prekvalifiserte selskap søker om tildeling av utvinningstillatelse er om selskapet har en bedre eller annen rett til å få tildelt en utvinningstillatelse enn aktører som allerede er aktive på sokkelen. Det blir et spørsmål om prekvalifiseringen gir et fortrinn ved tildelingen av utvinningstillatelser. Altså om et prekvalifisert selskap skal få fortrinn ved tildeling av utvinningstillatelse på bekostning av et annet og kanskje bedre kvalifisert selskap.

Tildelingen av utvinningstillatelse skjer på grunnlag av kvalifiserte selskapers søknader om tildeling av en eller flere forskjellige blokker.⁶⁴ Med ”kvalifiserte selskap” menes selskaper som allerede driver petroleumsvirksomhet på norsk sokkel samt prekvalifiserte selskaper. Selskapene kan søke enten alene eller sammen i gruppe. Kriteriene som ligger til grunn for tildelingen skal være saklige og objektive, jf. petrl. § 3-5 tredje ledd, og utgangspunktet for vurderingen er tildelingskriteriene som er forankret i regelverket og i den enkelte utlysningstekst. Departementet vil vurdere søkerens kvalifikasjoner i forhold til hvilke kvalifikasjoner som er nødvendige på det respektive feltet og hvilke kvalifikasjoner andre selskaper i den potensielle rettighetshavergruppen innehar.

Det kan spørres om tildelingen alltid skal gå til den som best fyller vilkårene i den enkelte utlysningen, eller om forvaltningen har skjønnskompetanse til å velge blant de aktørene som anses kvalifisert ved den enkelte tillatelse. Det er flere formål i petroleumsloven som myndighetene må sørge for at blir ivarettatt. Et av formålene til loven er formålet om forsvarlig ressursforvaltning i petrl. § 4-1. I denne bestemmelsen heter det at produksjon av petroleum skal foregå på en slik måte ”*at mest mulig petroleum som finnes i hver enkelt petroleumforekomst, eller i flere petroleumforekomster sammen, blir produsert*”. Dersom det hadde vært slik at myndighetene kun hadde hatt muligheten til å vurdere hver enkelt tillatelse uten å ta i betraktning selskapenes virksomhet på sokkelen generelt, kan det fort bli en skjev fordeling av hvilke selskaper som får tildelt utvinningstillatelse. Ser man kun på den enkelte tillatelse kan det være slik at den aktøren som er best kvalifisert til å få tildelt utvinningstillatelsen allerede har så stor aktivitet på sokkelen at han, etter en bredere vurdering, ikke lenger er best kvalifisert. Departementet må derfor ha mulighet til å tildele utvinningstillatelsene på en sann måte at de blir fordelt blant søkerne, uten at det nødvendigvis alltid er den eller de største og best kvalifiserte generelt som får tildelt utvinningstillatelse.

Departementet har dermed en viss skjønnsfrihet til å bestemme hvem som skal få tildelt utvinningstillatelse i det enkelte tilfellet. Tildelingen må likevel være innenfor rammene for

⁶⁴ Se for eksempel Invitasjon til å søke om utvinningstillatelse i 22. konsesjonsrunde.

det myndighetene kan bestemme og være begrunnet i saklige hensyn. Jeg kommer nærmere tilbake til grensene for myndighetenes kompetanse ved prekvalifiseringen i kapittel 7. Spørsmålet vil være om en prekvalifiseringsavgjørelse kan være et saklig hensyn som kan begrunne fortrinnsrett ved tildelingen.

I de tilfellene der hvor det prekvalifiserte selskap fremstår som den beste søkeren i søkergruppen, vil det ikke være noe spørsmål om det prekvalifiserte selskapet har fortrinnsrett. Tillatelsen skal etter en helhetsvurdering tildeles den best kvalifiserte søkeren som i dette tilfellet er det prekvalifiserte selskapet. Motsatt skal det mye til for at departementet kan velge en dårligere søknad av en prekvalifisert aktør med den følge at en bedre søknad av en allerede aktiv rettighetshaver på sokkelen ikke får tildelt utvinningstillatelsen.

Mer uklart er det i de tilfellene hvor en prekvalifisert aktør og en annen aktiv aktør på norsk sokkel fremstår som tilnærmet like etter en vurdering av søknadene. Her kan det være spørsmål om den prekvalifiserte søkeren skal ha fortrinnsrett på grunnlag av prekvalifiseringen.

I praksis skal det svært mye til for at to søkere blir vurdert som helt likeverdige. Det er i de aller fleste tilfeller muligheter til å skille søkerne. Der hvor det faktisk ikke er muligheter å skille to søknader fra hverandre, vil løsningen i praksis ofte være å dele utvinningstillatelsen mellom søkerne.

For at den prekvalifiserte aktøren skal ha en bedre rett enn den aktøren som allerede er aktiv aktør på norsk sokkel, må det finnes holdepunkter for det i prekvalifiseringsavgjørelsen, i regelverket for tildeling av utvinningstillatelser eller i politiske retningslinjer fastsatt av departementet.

En prekvalifisering i seg selv gir ikke annet enn et tilsagn om at de generelle kvalifikasjonskravene som kreves for å bli rettighetshaver på norsk sokkel er oppfylt hos selskapet, se under i avsnitt 5.2. Prekvalifiseringen alene vil dermed ikke gi andre fortrinn i forbindelse med etablering på norsk sokkel.

Når det gjelder petroleumsregelverket, så er det i alle fall *muligheter* for myndighetene å gi det prekvalifiserte selskapet fortrinn. Myndighetene har adgang til å bestemme hvilke krav og vilkår tildelingen skal baseres på, jf. petrl. § 3-5 tredje ledd første punktum. Slike krav og vilkår skal angis i kunngjøringen for å kunne vektlegges. Det antas at ved å angi tilleggskrav i kunngjøringen, så er staten forpliktet til å vektlegge disse ved tildelingen.

Det vil si at det kan være adgang til å prioritere prekvalifiserte søkere dersom dette er kunngjort i invitasjonen til å søke etter utvinningstillatelse. På den måten ville prekvalifiserte søkere ha en bedre rett ved tildeling av utvinningstillatelser.

Spørsmålet blir da om det finnes politiske retningslinjer som kan gi det prekvalifiserte selskapet en fortrinnsrett til å få tildelt utvinningstillatelsen. Slike politiske retningslinjer vil komme til uttrykk gjennom stortingsmeldinger og andre dokumenter utarbeidet av departementet. Siden hensikten med å innføre prekvalifiseringsordningen var å få flere nye aktører inn på norsk sokkel, kan dette være et argument for at den prekvalifiserte aktøren skal ha et fortrinn i forhold til det selskapet som allerede er aktiv på norsk sokkel. Dette er likevel ikke et sterkt nok holdepunkt for å gi det prekvalifiserte selskap fortrinn på generelt grunnlag.

Konklusjonen må derfor bli at det prekvalifiserte selskapet ikke har noe fortrinnsrett i forhold til en aktiv aktør som allerede er rettighetshaver på norsk sokkel, så lenge slik fortrinn ikke er forankret i kunngjøringsteksten. Et prekvalifisert selskap må derfor vurderes etter samme kriterier og på lik linje med søkere som allerede er aktive på norsk kontinentalsokkel.

5.2 Prekvalifiseringen: Et forhåndstilsagn?

5.2.1 Problemstillingen.

Det kan også stilles spørsmål om hvilke andre virkninger, foruten en eventuell fortrinnsrett, en prekvalifisering kan ha ved tildeling av andel i utvinningstillatelse eller samtykke ved overdragelse av andel i utvinningstillatelse senere. Prekvalifiseringen har i alle tilfeller noen faktiske virkninger. For eksempel vil saksbehandlingen gå lettere og dokumentasjonskravene være mindre for et selskap som har blitt prekvalifisert. Selskapet oppnår også en faktisk sikkerhet når det gjelder spørsmålet om myndighetene anser selskapet som kvalifisert til å være rettighetshaver.

Mer usikkert er det om prekvalifiseringen har noen rettsvirkninger. Dette er et spørsmål om hvorvidt myndighetene ved å prekvalifisere en aktør har bundet opp *hele eller deler* av sin vurdering, det vil si lovanvendelse og eventuelt skjønnsutøvelse, ved tildeling av utvinningstillatelse eller samtykke ved overdragelse av andel i utvinningstillatelse (heretter kalt konsesjonstildeling som samlebetegnelse). Det er på det rene at myndighetene ikke har bundet opp vurderingen av *resultatet* om det prekvalifiserte selskapet skal få tildelt andel i utvinningstillatelse eller samtykke til overdragelse av andel. Flere momenter som skal vurderes ved konsesjonstildelingen er knyttet til feltspesifikke forhold som ikke under noen omstendigheter kan tas på det tidspunkt selskapet blir prekvalifisert.

Problemstillingen må derfor være hvorvidt myndighetene helt eller delvis har bundet opp inngangsbetingelsene ved konsesjonstildelingen – altså kvalifikasjonsvurderingen – ved å prekvalifisere selskapet. Dette er et spørsmål om det å prekvalifisere et selskap kan være et forhåndstilsagn om å få adgang til norsk sokkel. Spørsmålet må avgjøres på grunnlag av om det er anledning til å gi slikt forhåndstilsagn etter petroleumsloven og om prekvalifiseringen er en avgjørelse som kan gi rettsvirkninger. Hvilken kompetanse myndighetene har til å binde myndighetsutøvelsen er omtvistet. Jeg har derfor valgt å gjøre rede for forhåndsbindingens generelle rettslige status før jeg drøfter dens anvendelsesområde på prekvalifiseringens område.

5.2.2 Forhåndstilsagn – den generelle rettslige status.

Utgangspunktet for binding av forvaltningsmyndighet er tidspunkt da forvaltningen treffer en beslutning, ved et vedtak eller en avtale. Det er i rettspraksis likevel åpnet for at det er muligheter for å binde forvaltningsmyndigheten på et tidligere tidspunkt.

Problemstillingen er blant annet omtalt i Rt. 1992 side 1235. Her sies det at anledningen til å forhåndsbinde forvaltningsmyndigheten vil være forskjellig på ulike forvaltningsområder. Det pekes på at det ikke er noen avgjørende hensyn som taler mot en adgang til å binde utøvelsen av forvaltningsmyndighet gjennom avtaler eller tilsagn på spesielle områder dersom *”det anses nødvendig eller ønskelig for å fremme vedkommende hjemmelslovs formål”*.⁶⁵ Det pekes også på at forhåndsbinding ikke er et ukjent fenomen i forvaltningspraksis. Denne uttalelsen er et obiter dictum da Høyesterett ikke trengte å avgjøre om myndighetene hadde bundet opp sin kompetanse i dette tilfellet, fordi Staten ble frifunnet på grunn av foreldelse. Dommen er likevel et argument for at det finnes en viss adgang til å binde forvaltningens myndighetsutøvelse.

Vanligvis skilles det mellom forhåndsuttalelser og forhåndstilsagn. En *forhåndsuttalelse* er en uttalelse forvaltningen gir om hvordan den mener at loven er å forstå og hvordan den vil utøve sin skjønnsmyndighet som inngår som ledd i den alminnelige veiledningen til det offentlige.⁶⁶ Slike uttalelser har ingen rettslige virkninger, men de kan i en viss utstrekning gi den private part en faktisk sikkerhet for hvordan et spørsmål vil løses. Graver mener at det generelt sett ikke kan antas å gjelde noe ulovfestet forbud mot at forvaltningen gir slike uttalelser på sine områder.⁶⁷

Med *forhåndstilsagn* menes rettslig bindende uttalelser om hvordan forvaltningen vil utøve sin myndighet. Hvilken adgang forvaltningen har til å gi slike bindende forhåndstilsagn er omtvistet i teorien. Det er antatt etter at det er anledning til å erstatte myndighetsutøvelsen

⁶⁵ Rt. 1992 side 1235 på side 1240.

⁶⁶ Graver (2007) side 240.

⁶⁷ Graver (2007) side 240.

med løfter og avtaler, og det vil være muligheter til å inngå slike avtaler tidligere enn på det tidspunkt man har kompetanse til å treffe et vedtak. Adgangen er kanskje likevel begrenset etter hvor komplisert og overskuelig det rettsområdet man har bundet seg til er.⁶⁸ Å binde seg til å aldri gripe inn er også mer betenkelig enn å binde seg til det positive, for eksempel å inngå en avtale om å gi en tillatelse som uansett er like om hjørnet.⁶⁹ Det er større anledning til å gi bindende forhåndstilsagn ved utdøvelse av skjønnsmessig kompetanse, enn ved forhåndsbinding av rettsanvendelsen.⁷⁰

Rettsanvendelse, slik begrepet blir bruk i denne sammenheng, vil være en vurdering av hvilke vilkår som må oppfylles for at en bestemt følge skal inntre. Eckhoff og Smith mener at det ikke er adgang til å forhåndsbinde rettsanvendelsen. I følge deres fremstilling kan det neppe, uten særskilt lovhjemmel, gis bindende forhåndstilsagn om hvordan et rettsspørsmål vil bli løst.⁷¹ Begrunnelsen som anføres er at det kan være betenkelig at et forvaltningsorgan er bundet til en løsning som i ettertid viser seg å være rettslig uholdbar, før spørsmålet aktualiseres.⁷² Frihagen er ikke enig i denne konklusjon. Han mener at det er anledning til for myndighetene i en viss utstrekning å gi bindende forhåndstilsagn vedrørende rettsanvendelsen der dette ellers ikke er i strid med den aktuelle hjemmelslovs formål og oppfyller et klart praktisk behov.⁷³ Graver konkluderer også med at det må være anledning til forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet når det gjelder rettsanvendelsen.⁷⁴ Her sier han at flere typer av forhåndsbinding er tenkelig, men at ikke alle er like kurante. Mest problematisk er det i de tilfellene hvor det offentlige hevdes å være bundet til et bestemt resultat. Det er mindre betenkelig at forvaltningsmyndighetene har bundet seg til å basere sitt skjønn på et bestemt sett av hensyn eller underliggende premisser som det er blitt enighet om.⁷⁵

⁶⁸ Eckhoff og Smith (2006) side 403-404.

⁶⁹ Boe (1993) side 814.

⁷⁰ Eckhoff og Smith (2006) side 407-408.

⁷¹ Eckhoff og Smith (2006) side 403.

⁷² Eckhoff og Smith (2006) side 403.

⁷³ Frihagen: bind I (1991) side 305-306.

⁷⁴ Graver (2007) side 243.

⁷⁵ Graver (2007) side 243 flg. om grensene for å forhåndsbinde rettsanvendelsen.

Hvorvidt det er anledning til å forhåndsbinde forvaltningsmyndigheten må etter dette bero på en tolkning av det enkelte kompetansegrunnlag. Videre må det i alle tilfeller være en forutsetning at saksbehandlingen som har blitt tatt i forbindelse med at forhåndstilsagnet blir gitt er forsvarlig.

Selv om kompetansegrunnlaget åpner for at forhåndsbinding kan finne sted, betyr ikke dette at forvaltningen alltid vil være bundet av den tidligere beslutning. Myndighetene kan på nærmere bestemte vilkår omgjøre sine vedtak, jf. fvl. § 35. Også endrede forhold kan føre til at beslutningen ikke lenger er holdbar.

5.2.3 Finnes det skranker i hjemmelsgrunnlaget mot forhåndsbinding av kvalifikasjonsvurderingen?

Det kan stilles spørsmål om prekvalifiseringen er et forhåndstilsagn om å få adgang til norsk kontinentalsokkel. Dette er et spørsmål om det er anledning til å binde inngangsbetingelsene for å bli vurdert som rettighetshaver på norsk sokkel. Det vil si at deler av den vurderingen som blir gjort ved konsesjonstildelingen allerede er fastsatt ved prekvalifiseringen. Hvorvidt myndighetene har anledning til å binde opp denne vurderingen må bero på en tolkning av hjemmelsgrunnlaget – altså reglene for tildeling av utvinningstillatelser etter petroleumsloven.⁷⁶

Tildeling av utvinningstillatelser er lovfestet i petrl. § 3-5. Nærmere kriterier for tildelingen er hjemlet i petroleumsforskriften § 10. De kriterier som oppstilles her er delvis sammenfallende med kriteriene som blir vurdert ved prekvalifiseringen, se avsnitt 2.5. Konsesjonstildelingen er en konkret helhetsvurdering hvor mange forskjellige momenter kommer inn i vurderingen. Kvalifikasjonsvurderingen er bare et moment i vurderingen. Loven setter ingen skranker for at deler av vurderingen tas tidligere enn ved tildelingen.

⁷⁶ Reglene som gjelder kvalifikasjonsvurderingen av rettighetshaver ved samtykke om overdragelse av andel i utvinningstillatelse etter petrl. § 10-12 må være de samme som ved tildelingen av utvinningstillatelser.

Det er Kongen i statsråd som bestemmer hvem som skal bli tildelt utvinningstillatelse etter petrl. § 3-5. Ved prekvalifiseringen er det departementene som tar den endelige vurderingen. Det kan som utgangspunkt være betenkelig at et underordnet organ binder et overordnet organs myndighetsutøvelse.⁷⁷ Forhåndsbindingen vil likevel bare gjelde for et av vurderingstemaene som det skal tas stilling til, og vurderingen om hvem som skal innstilles til de forskjellige utvinningstillatelsene vil i alle tilfeller tas av departementet før saken sendes til endelig avgjørelse hos Kongen i statsråd. Kvalifikasjonsvurderingen tas dermed av samme organ som også ville tatt denne ved konsesjonstildelingen. Den personelle kompetansen for avgjørelsen setter etter dette ingen skranker for at kvalifikasjonsvurderingen tas på et tidligere tidspunkt.

Petroleumslovens tildelingsregler bygger i stor grad på EUs konsesjonsdirektiv. Dette direktivet fastsetter reglene for at tildelinger av konsesjoner skal skje uten at de kommer i strid med EØS-avtalen. Direktivet setter likevel ingen skranker for at det kan stilles andre saklige vilkår enn de som kommer frem av direktivet, så lenge slike krav og vilkår kommer frem på en tydelig måte. Direktivet setter således ingen skranker for at kvalifikasjonsvurderingen kan vurderes på et tidligere tidspunkt og at vurderingen er bundet som inngangsbetingelse ved konsesjonstildelingen så lenge alle aktørene har samme mulighet til å få forhåndsvurdert kvalifikasjonene.

Petroleumsloven stiller som formål ved utvinningen av petroleum at petroleumsressursene skal utvinnes på en forsvarlig måte slik at mest mulig av den petroleum som finnes blir produsert, jf. petrl. § 4-1.⁷⁸ Departementet vurderte at kontinentalsokkelen måtte åpnes for mindre aktører for at dette formålet skulle oppnås på sokkelens modne områder. Det var i den forbindelse at prekvalifiseringsordningen ble innført. Ordningen skulle gjøre det lettere for disse selskapene å etablere seg på norsk sokkel. Lovens formål kan dermed heller ikke tale imot en slik binding av myndighet.

⁷⁷ Ved samtykke om overdragelse av andel i utvinningstillatelse etter petrl. § 10-12 ligger beslutningskompetansen hos departementet, slik at dette hensynet ikke gjør seg gjeldene i like stor grad her.

⁷⁸ I petrl. § 1-2 er det overordnede formål at ressursforvaltningen skal forvaltes i et langsiktig perspektiv slik at de kommer hele samfunnet til gode.

Etter dette kan jeg ikke se noen skranker i kompetansegrunnlaget som kan tilsi at departementet ikke skal kunne forhåndsbinde kvalifikasjonsvurderingen ved prekvalifiseringen.

5.2.4 Er prekvalifiseringen en avgjørelse?

Hjemmelsgrunnlaget setter ikke skranker for hvorvidt myndighetene kan binde deler av vurderingen av konsesjonstildelingen allerede ved prekvalifiseringen. For å avgjøre om myndighetene har gitt et forhåndstilsagn ved prekvalifiseringen må det tas stilling til om prekvalifiseringen i seg selv er *bestemmende* – altså om forvaltningen ved prekvalifiseringen har tatt en avgjørelse.

For at prekvalifiseringen skal ha rettsvirkninger og dermed være et forhåndstilsagn, så må uttalelsen være bestemmende for den private part. I motsatt fall vil prekvalifiseringen være en meningsytring eller en uttalelse som bare har faktisk og ikke rettslige virkninger. Den vil da ikke ha rettslig betydning ved konsesjonstildelingen. Hvorvidt noe er bestemmende må bedømmes ut fra rettsreglene: Foreligger det en kompetanse til å bestemme om det angjeldende tema, er betingelsene for å bruke kompetansen er tilstede og har kompetansen faktisk blitt brukt i det aktuelle tilfellet.⁷⁹

Etter drøftelsen i avsnitt 5.2.3 setter ikke kompetansegrunnlaget skranker for at kvalifikasjonsvurderingen etter petrl. § 3-5 jf. petroleumsforskriften §10 gjøres på et tidligere tidspunkt. Det samme vil gjelde ved samtykke til overdragelse av andel i utvinningstillatelse etter petrl. § 10-12. At vurderingen blir lagt til et tidligere tidspunkt har ikke betydning for hjemmelsgrunnlaget.

⁷⁹ Graver (2007) side 206.

Et annet spørsmål er om betingelsene for at myndighetene kan gjøre en fullverdig kvalifikasjonsvurdering er tilstede. Vurderingene baserer seg blant annet på planen for en scenariobasert oppbygning av organisasjon i Norge som selskapet legger frem. Departementet legger denne informasjonen til grunn for sin kvalifikasjonsvurdering sammen med andre opplysninger de får av selskapet. Kvalifikasjonsvurderingen på prekvalifiseringstidspunktet vil dermed ikke være basert på reelle fakta. At planen stemmer overens med de reelle fakta ved konsesjonstildelingen er likevel ikke vanskelig å konstatere samtidig som departementet uansett må ta i betraktning feltspesifikke forhold. Jeg mener derfor at det er tilstrekkelig grunnlag for at myndighetene kan foreta kvalifikasjonsvurderingen på tidspunktet for prekvalifiseringen.

Sist må det avgjøres hvorvidt kompetansen er brukt i dette tilfellet. Her må ordlyden i tilbakemeldingen som selskapet får etter at myndighetene har vurdert selskapet være et moment i vurderingen. Her blir det presisert at vurderingen er veiledende og ikke representerer et forhåndstilsagn om *resultatet* av behandlingen i konkrete saker. Videre henviser departementet til petroleumsforskriften § 10 og presiserer at det er teknisk og geofaglig kompetanse som er vurdert i tillegg til HMS-kompetansen. Departementet vurderer at selskapet etter disse kriteriene ”*tilfredsstiller de krav om stilles til rettighetshaver på norsk kontinentalsokkel*”.⁸⁰ Denne tilbakemeldingen taler for at departementene har godkjent kvalifikasjonsvurderingen allerede på prekvalifiseringstidspunktet.

Andre hensyn bak prekvalifiseringen taler også for at vurderingen er en avgjørelse. Hensynet til forutberegnelighet for aktørene tilsier at myndighetene ikke skal kunne fravike den tidligere vurderingen ved konsesjonstildelingen. Departementet fremhever dette hensynet selv i St.meld. nr. 33 (2003-2004) side 43. Her uttales det at prekvalifiseringsordningen har gitt økt forutsigbarhet for aktørene og ”*dermed bidratt til å forenke etableringen i norsk petroleumsvirksomhet for de selskapene som har blitt*

⁸⁰ Brev om forhåndsvurdering av [selskap] som rettighetshaver på norsk kontinentalsokkel. Fått av departementet i anonymisert form.

prekvalifisert”. Denne forutsigbarheten vil ikke vært tilstede om departementet ikke er bundet av vurderingen som tas ved prekvalifiseringen.

Effektivitetshensyn og økonomiske betraktninger tilsier også at prekvalifiseringen er bestemmende. Saksbehandlingen går raskere ved konsesjonstildelingen og søknadsprosessen vil være mindre ressurskrevende for selskapet. Dersom det stilles krav til en ny kvalifikasjonsvurdering av de samme forhold ved konsesjonstildelingen vil prekvalifiseringen bare være en ekstra utgift for selskapet som ikke har noen betydning i den videre prosessen. Slik situasjonen er i dag er det en realitet i vurderingene som blir tatt, slik at prekvalifiseringen har betydning for den videre prosessen.

Konklusjonen er etter dette at prekvalifiseringen er en del av kvalifikasjonsvurderingen og dermed en avgjørelse. For det første har departementet kompetanse til å bestemme om et selskap er kvalifisert som rettighetshaver på norsk sokkel. For det andre er betingelsene for å bruke kompetansen er tilstede selv om det må foretas en feltspesifikk vurdering senere. Og for det tredje har jeg kommet frem til, etter en tolkning av tilbakemeldingen til selskapet og på bakgrunn av hensyn bak prekvalifiseringen, at myndighetene benytter seg av denne kompetansen ved prekvalifiseringen. Hvilken type avgjørelse dette er, kommer jeg tilbake til i kapittel 6.1.

5.2.5 Konklusjon.

På bakgrunn av disse vurderingene må det konkluderes med at prekvalifiseringsavgjørelsen er et forhåndstilsagn som er bestemmende for inngangsbetingelsene for vurderingen av om en aktør skal bli tildelt utvinningstillatelse etter petrl. § 3-5 eller ved samtykke om overdragelse av andel i utvinningstillatelse etter petrl. § 10-12. Det betyr at myndighetene ikke uten videre kan fravike avgjørelsen som tas ved prekvalifiseringen ved den senere konsesjonstildelingen. Omgjøring kan skje på nærmere bestemte vilkår etter fvl. § 35. Dette kommer jeg tilbake til i avsnitt 6.5.

Jeg har til nå klarlagt virkningene av at et selskap blir prekvalifisert. I den videre fremstilling ønsker jeg å ta for meg saksbehandlingen for prekvalifiseringsavgjørelsen. Første spørsmål i den forbindelse er å avgjøre hva slags type avgjørelse prekvalifiseringen er.

6 Nærmere om prekvalifiseringsavgjørelsen.

6.1 Er prekvalifiseringen et enkeltvedtak?

6.1.1 Problemstillingen.

Prekvalifiseringsavgjørelsen kan se ut som det er en avtale om at myndighetene anser selskapet som kvalifisert til å være rettighetshaver på norsk sokkel, og at denne kvalifikasjonsvurderingen da er avtalt oppfylt ved prekvalifiseringen. Selv om avgjørelsen ser ut som en avtale er det muligheter for at det egentlig er et ensidig vedtak som ligger til grunn.

Prekvalifiseringen er et forhåndstilsagn som ikke binder resultatet av et enkeltvedtak, men deler av inngangsbetingelsene som må ligge til grunn for at det skal fattes et enkeltvedtak om konsesjonstildeling. Det kan stilles spørsmål om en del av et enkeltvedtak kan være et eget enkeltvedtak når det blir gitt som et forhåndstilsagn. Det vil si at forhåndstilsagnet i seg selv må følge forvaltningslovens regler om saksbehandling, begrunnelse for avgjørelse og klage, se bl.a. fvl. kapittel VI, V og VI. Ulovfestede prinsipper om forsvarlig saksbehandling vil få anvendelse på prekvalifiseringsavgjørelsen også dersom avgjørelsen ikke er et enkeltvedtak.

Før jeg kommer inn på denne problemstillingen er det nødvendig å redegjøre for hva som etter alminnelig forvaltningsrett regnes som enkeltvedtak.

6.1.2 Hva er et enkeltvedtak?

Et enkeltvedtak er en form for myndighetsutøvelse og definert i loven som *”et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer”*, jf. fvl. § 2 første ledd bokstav b) jf. bokstav a). Med personer menes både fysiske og juridiske personer.

Av forarbeidene til forvaltningsloven følger det at begrepet *”enkeltvedtak”* i første rekke tar sikte på avgjørelser i saker hvor det offentlige griper inn i den privates rettssfære.⁸¹ Et klassisk eksempel er ekspropriasjon av privat eiendom etter lov 23. oktober 1959 nr. 3 om overføring av fast eiendom § 2. Det blir likevel presisert i forarbeidene at fvl. § 2 har et videre anvendelsesområde enn som så. Etter Innstilling fra forvaltningskomiteen heter det at et vedtak vil være *”den endelige realitetsavgjørelse i saken”*.⁸²

Enkeltvedtak vil være individuelle realitetsavgjørelser. Det betyr at det må avgrenses mot generelle vedtak som gjelder for et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer, jf. fvl. § 2 første ledd bokstav c) jf. bokstav a). Videre må realitetsavgjørelsene avgrenses mot *”prosessledende beslutninger”* som myndighetene treffer *”under sakens gang”*, og mot *”faktiske handlinger og rene meningsytringer”*.⁸³ Med faktiske handlinger menes handlinger som tjenestemennene gjør i kraft av sin stilling, for eksempel husransakelse, beslaglegging av førerkort eller avskilting av en bil. Meningsytringer er uttalelser departementet og andre offentlige organer gjør i forbindelse med en sak eller mer generelt på et saksområde. Tolkningssuttalelser kan typisk være en slik meningsytring. Slike ytringer har ikke direkte rettsvirkninger for private parter. Prekvalifiseringsavgjørelsen er ikke en faktisk handling eller en meningsytring fordi avgjørelsen har rettsvirkninger, se drøftelse i avsnitt 5.2.4.

Når det gjelder spørsmålet om avgjørelsen kan være en prosessledende beslutning er ikke dette like klart. Prosessledende beslutninger er avgjørelser som blir tatt under

⁸¹ Ot.prp. nr. 38 (1964-65) side 32 med henvisning til Innstilling fra forvaltningskomiteen side 432.

⁸² Innstilling fra forvaltningskomiteen s. 207.

⁸³ Ot.prp. nr. 38 (1964-65) side 32.

saksforberedelsen og omhandler vanligvis spørsmål som en tjenestemanns habilitet eller muligheter for å begjære dokumentinnsyn.⁸⁴ Det kan stilles spørsmål om prekvalifiseringen er en form for prosessledende avgjørelse fordi avgjørelsen ikke er bestemmende for det endelige resultatet. Jeg kommer tilbake til denne problemstillingen i avsnitt 6.1.3.

At en avgjørelse er en realitetsavgjørelse betyr at den er bestemmende for en eller flere bestemte personers rettsstilling. Dette er også fremhevet i bestemmelsen ved at forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b) jf. bokstav a) definerer et enkeltvedtak som utøvelse av offentlig myndighet og som er *”bestemmende for rettigheter og plikter”* til en eller flere bestemte personer.

At noe er *”bestemmende for”* rettigheter eller plikter er for det første avgjørelser som går ut på å stifte, oppheve eller begrense en rett eller plikt. Det vil si at både tildeling og tilbakekall av rettigheter, pålegg av og fritagelse for plikter er enkeltvedtak. Det samme gjelder avgjørelser om rådighetsbegrensninger, se for eksempel lov 19. juni 1970 nr. 63 om naturvern (nvl.) § 8 som gir hjemmel til å frede særegne naturområder til bestemte formål. Også avgjørelser som går ut på å slå fast med bindende virkning om en rett eller plikt foreligger og hvilket innhold den i tilfelle har vil være bestemmende for rettigheter eller plikter.⁸⁵ Det er likevel bare utsagn som i seg selv er et bindende vedtak som er *”bestemmende”* for rettigheter eller plikter. Fremleggelse av et forslag, en uttalelse eller en innstilling er ikke i seg selv nok til at et vedtak er truffet i lovens forstand. En avgjørelse trenger på den annen side ikke være endelig i den forstand at den ikke kan angripes ved klage eller søksmål for at den skal regnes som et enkeltvedtak.⁸⁶

Det kan også være uklart hva som menes med begrepet *”rettigheter og plikter”*. I forarbeidene er begrepet gitt i et ganske vidt meningsinnhold. Begrepet som ble foreslått i odelstingsproposisjonen var *”rettsstilling”*, fordi dette begrepet ble brukt ved definisjonen

⁸⁴ Innstilling fra Forvaltningskomiteen side 207.

⁸⁵ Eckhoff og Smith (2006) side 240.

⁸⁶ Eckhoff og Smith (2006) side 240.

av vedtak bestemmelsens bokstav a).⁸⁷ Dette ble imidlertid fraveket i Innstillingen til Odelstinget og begrepet "*rettigheter og plikter*" ble stående fordi Stortingets justiskomité mente at sistnevnte begrep var lettere å forstå.⁸⁸ Det var likevel ikke meningen at bestemmelsen skulle få et annet meningsinnhold. Loven kan derfor tolkes som ordet "*rettstilling*" var brukt.⁸⁹ Begrepet "*rettigheter og plikter*" er en vid avgrensning.⁹⁰

Prekvalifiseringsavgjørelsen vil ikke falle inn under begrepet plikt, slik at det vil være rettighetsbegrepet som trenger en nærmere definering. Med rettigheter i lovens forstand menes ikke bare eiendomsrett, bruksrett og lignende, men også krav, kompetanser og friheter. Den som for eksempel har krav på en ytelse etter sosialtjenesteloven eller kan drive næringsvirksomhet etter gitt bevilling vil ha en rettighet slik loven bruker begrepet. Rettigheten kan være av en slik art at forvaltningen skal innvilge den dersom visse vilkår er oppfylt. Men private rettssubjekter kan også få innvilget rettigheter etter forvaltningens skjønn. Et eksempel på dette er der hvor kommunen har et bestemt antall barnehageplasser og må velge mellom et større antall kompetente søkere. Det er gjerne i situasjoner hvor det på forhånd ikke er klart om man har en rettighet et særlig stort behov for slike garantier som forvaltningslovens saksbehandlingsregler gir.⁹¹

Avgjørelsen trenger ikke ha hjemmel i lov eller i bestemmelser gitt i henhold til lov for at den skal kunne regnes som enkeltvedtak.⁹² At prekvalifiseringsordningen ikke er forankret i lov har dermed ingen betydning for om avgjørelsen av om en aktør har blitt prekvalifisert er et enkeltvedtak eller ikke.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) side 54.

⁸⁸ Innst. O. nr. 50 (1976-77) side 2-3.

⁸⁹ Eckhoff og Smith (2006) side 239 og Boe (2000) side 354-357.

⁹⁰ Graver (2007) side 403.

⁹¹ Eckhoff og Smith (2006) side 239.

⁹² Innstilling fra Forvaltningskomiteen side 3.

6.1.3 Avgrensning mot prosessledende beslutninger.

Vedtaket om konsesjonstildeling blir avgjort på det tidspunkt hvor aktøren får tildelt utvinningstillatelse eller samtykke til overdragelse av andel i utvinningstillatelse. Det er på dette tidspunkt at det er fattet en bindende realitetsavgjørelse. Prekvalifiseringsavgjørelsen blir tatt tidligere enn dette, og det kan derfor være nærliggende å anta at denne avgjørelsen dermed er en prosessledende avgjørelse, altså en avgjørelse som treffes under sakens gang. Dette kan likevel ikke være riktig.

Prosessledende beslutninger er avgjørelser som blir fattet under sakens gang, og må ses på som ledd i forberedelsen av den senere realitetsavgjørelse.⁹³ Ved denne type avgjørelser vurderes ikke de materielle spørsmålene i saken. Eksempler på prosessledende beslutninger om underretning til interesserte, innhenting av opplysninger, foreleggelse av saken for andre myndigheter m.v.⁹⁴ Noen av disse skal regnes som enkeltvedtak til tross for at de ikke omhandler realiteten, jf. fvl. § 2 tredje ledd. Dette gjelder spørsmål om avvisning av en sak og bruk av særlige tvangsmidler. Begrunnelsen er at dette er avgjørelser som er svært inngripende eller som har stor betydning for den private part, slik at avgjørelsene fortjener den sikkerhet som enkeltvedtak får gjennom saksbehandlingsreglene.

Avgjørelsen om et selskap skal bli prekvalifisert bygger på en realitetsvurdering av om de materielle vilkår for å bli kvalifisert som rettighetshaver er oppfylt. Spørsmålet som skal avgjøres omhandler ikke sakens gang, men er en del av den materielle avgjørelse som konsesjonstidelingsvedtaket bygger på. Selv om avgjørelsen blir tatt på et tidligere tidspunkt enn det endelige vedtaket om konsesjonstildeling, er det ingen forskjell i vurderingstemaet.

Prekvalifiseringsavgjørelsen kan dermed ikke være en prosessledende beslutning, slik begrepet er brukt i forvaltningsrettslig terminologi. Spørsmålet videre er hvorvidt en del av en realitetsavgjørelse om konsesjonstildeling kan være et eget enkeltvedtak som blir fattet

⁹³ Graver (2007) side 403.

⁹⁴ Innstilling fra forvaltningskomiteen side 207.

tidligere enn den det endelige vedtaket. Men før jeg kommer til dette må det avgjøres om prekvalifiseringsavgjørelsen oppfyller de vilkår som stilles etter fvl. § 2 første ledd bokstav b) jf. bokstav a).

6.1.4 Oppfyller prekvalifiseringen vilkårene som kreves for at avgjørelsen skal være et enkeltvedtak?

For å avgjøre om prekvalifisering av nye aktører på norsk sokkel er et enkeltvedtak eller har enkeltvedtaksvirkninger må prekvalifiseringsordningen tolkes i lys av fvl. § 2 første ledd bokstav b) jf. bokstav a). I avsnitt 5.2.4 kom jeg til at prekvalifiseringen var en avgjørelse. Det vil si at prekvalifiseringen også oppfyller vilkåret om at den må være *"bestemmende"* etter fvl. § 2 første ledd bokstav b) jf. bokstav a). Avgjørelsen må gjelde en bestemt krets av personer for at den skal være et enkeltvedtak, jf. *"en eller flere bestemte personer (enkeltpersoner eller andre rettssubjekter)"*. Prekvalifiseringen vil gjelde for et selskap om gangen, slik at dette vilkåret er oppfylt.

Videre er det et vilkår at avgjørelsen må treffes under *"utøvelse av offentlig myndighet"*. Det vil si at beslutningen må være en form for myndighetsutøvelse. Vilåret viser ikke til det organet som utøver virksomhet, men til den virksomhet organet utøver.⁹⁵ At det er OED som treffer som treffer avgjørelsen i samsvar med AID etter at saken har vært utredet av Oljedirektoratet og Petroleumstilsynet, vil ikke være nok til at vilåret er oppfylt. Myndighetene må i tillegg drive med myndighetsutøvelse når de vurderer om et selskap skal bli prekvalifisert. I kapittel 4 kom jeg frem til at kompetansegrunnlaget for prekvalifiseringen vil være myndighetsutøvelse, fordi ingen av de andre kompetansegrunnlag var tilstrekkelige. Dermed vil vilåret om at avgjørelsen må treffes under utøvelse av offentlig myndighet være oppfylt.

Det avgjørende for at en prekvalifisering av et selskap skal være et enkeltvedtak, er

⁹⁵ Boe (1993) side 739.

hvorvidt prekvalifiseringen er bestemmende for ”rettigheter eller plikter” for selskapet. Som beskrevet i avsnitt 6.1.2 er det et spørsmål om avgjørelsen er bestemmende for selskapets *rettsstilling*. Dette må bero på en tolkning av prekvalifiseringsavgjørelsen hvor ikke bare avgjørelsens form og ordlyd har betydning, men også dens formål og virkninger må kunne komme inn som tolkningsmomenter.

Som utgangspunkt er det sikkert at prekvalifiseringsavgjørelsen ikke automatisk gir rett til å få tildelt andel i en utvinningstillatelse eller å få samtykke til en overdragelse av andel. En prekvalifisering er ikke en realitetsavgjørelse som gir endelig tilsagn om rettigheter på norsk kontinentalsokkel direkte. Dette vises også i ordlyden på avgjørelsen som blir sendt ut til selskapet. Her er det sagt at selskapet etter departementets vurdering ”*tilfredsstiller de krav som stilles til rettighetshaver på norsk kontinentalsokkel*”. Det er likevel tatt et forbehold om at en endelig aksept av selskapet som rettighetshaver ”*vil måtte foretas i tilknytning til en konkret søknad om tildeling av andel i utvinningstillatelse*”.⁹⁶

Prekvalifiseringsavgjørelsen binder likevel opp deler av vurderingen som blir gjort i forbindelse med konsesjonstildelingen, se drøftelse og konklusjon i kapittel 5.2. Spørsmålet må da være om denne forhåndsbindingen i seg selv er bestemmende for selskapets *rettsstilling*. For at ordningen skal være bestemmende for selskapets *rettsstilling* må den faktisk eller formelt gi en rettslig posisjon til selskapene som er prekvalifisert i forhold til nye aktører som ikke er prekvalifisert ved konsesjonstildelingen.

I mange tilfeller vil det være et regelverk som kan gi veiledning for om en avgjørelse er bestemmende for en privat parts *rettsstilling*. Ved prekvalifiseringsordningen er det intet formelt regelverk å se hen til. Prekvalifiseringsordningen ble etablert ved St.meld. nr. 39 (1999-2000) om olje- og gassvirksomheten hvor det på side 76 står uttalt at ”[d]epartementet vil etablere et prekvalifiseringssystem der nye selskaper kan få en forhåndsvurdering av sine kvalifikasjoner som rettighetshavere og operatører før de erverver seg andeler”. Ordningen er frivillig, se St.meld. nr. 38 (2001-2002) om

⁹⁶ Uttalelse i brev gitt i forbindelse med prekvalifiseringen.

Petroleumsvirksomheten kapittel 5.4.1 hvor det står at ”[b]akgrunnen for opprettelsen av dette systemet er å gi selskapene et tilbud om evaluering av deres egnethet for deltakelse på norsk kontinentalsokkel før selskapene bruker ressurser på å vurdere videre forretningsmuligheter”.⁹⁷ I HMS-meldingen fra 2003-2004 er det gitt klart uttrykk for at en endelig vurdering av selskapets kvalifikasjoner tas ved tildelingen av andel i en utvinningstillatelse og ved godkjenning av overdragelse av andel, hvor også feltspesifikke forhold tas i betraktning.⁹⁸

Dette er det eneste grunnlaget i offentlige dokumenter som finnes i forbindelse med prekvalifiseringsordningen. I tillegg er det informasjonsskriv som er lagt ut på Oljedirektoratets og Petroleumstilsynets hjemmesider. Stortingsmeldingene og informasjonsskrivene danner til sammen rammene for prekvalifiseringsordningen uten at det kan sies å være noe formelt regelverk. De kan likevel gi veiledning for hvordan myndighetene selv oppfatter avgjørelsen, og hvordan saksbehandlingen av prekvalifiseringen blir utført av myndighetene. Det fremgår både av stortingsmeldingene og informasjonsskrivene at ordningen er et frivillig ledd på veien for å komme inn som rettighetshaver eller operatør på norsk kontinentalsokkel. Men at det er en frivillig ordning vil ikke i seg selv være avgjørende for at noe skal regnes som et enkeltvedtak.

Det er mulighet for at forskjellig behandling ved søknad om tildeling av utvinningstillatelse eller ved samtykke om overdragelse kan føre til at prekvalifiseringen er bestemmende for selskapets rettsstilling. Et selskap som ikke er prekvalifisert kan i utgangspunktet søke på lik linje med prekvalifiserte selskap om tildeling av andel i utvinningstillatelse. Myndighetene har ikke, med mindre noe annet er bestemt, anledning til å behandle søknader av ikke-prekvalifiserte selskap annerledes. Det er de samme kriteriene som stilles til begge selskapene.

Faktisk sett kan departementets behandling av de to typer selskaper variere. Det

⁹⁷ Stortingsmeldingens side 58 (min understrekning).

⁹⁸ St.meld. nr. 38 (2003-2004) kapittel 3.4.

prekvalifiserte selskapet har et fortrinn fordi myndighetene har kjennskap til selskapet fra før gjennom prekvalifiseringsvurderingen. Saksbehandlingen vil også være mindre omfattende fordi deler av vurderingene til det prekvalifiserte selskapet er tatt på et tidligere tidspunkt. Kvalifikasjonsvurderingen som blir tatt ved prekvalifiseringen kan bare fravikes i nærmere bestemte tilfeller, se avsnitt 5.2. Når det gjelder slike virkninger, er det ikke sikkert at disse er tilstrekkelige for at avgjørelsen er bestemmende for *rettsvirkningene* til selskapet. Faktiske og rettslige virkninger av en avgjørelse er ikke nødvendigvis sammenfallende. I dette tilfellet mener jeg likevel at dette momentet taler for at de faktiske virkningene ved prekvalifiseringen er bestemmende for selskapets rettsstilling fordi myndighetene ikke uten videre kan fravike den avgjørelsen som er tatt ved prekvalifiseringen.

Det vil også være selskaper som etter en vurdering av selskapets kvalifikasjoner ikke blir prekvalifisert. Det kan spørres om prekvalifiseringsavgjørelsen for disse har betydning for rettsstillingen ved søknad om tildeling av utvinningstillatelse eller ved samtykke om overdragelse av andel i utvinningstillatelse.⁹⁹ Dette selskapet har blitt vurdert av myndighetene som ikke godt nok kvalifisert til å drive petroleumsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel, og det er muligheter for at denne avgjørelsen blir lagt til grunn ved vurderingen av om selskapet skal bli tildelt utvinningstillatelse eller skal få samtykke til overdragelse av andel i utvinningstillatelse. Dersom den blir lagt til grunn er i alle fall prekvalifiseringsavgjørelsen bestemmende for rettsstillingen til disse selskapene.

I de siste innbydelser er det sagt at selskaper som ikke er rettighetshavere på norsk sokkel kan tildeles utvinningstillatelser dersom de er *”prekvalifisert som rettighetshaver på norsk sokkel”* under kapittelet om hvem som kan søke om å få tildelt andel i utvinningstillatelser.¹⁰⁰ Med denne begrensningen i hvem som har anledning til å søke om tildeling av utvinningstillatelser vil et prekvalifisert selskap være i en annen rettsstilling

⁹⁹ I praksis vil nok selskapene heller gå igjennom en ny prekvalifiseringsrunde etter de har forbedret kvalifikasjonene før de går til det skritt å søke om utvinningstillatelse eller til anskaffelse av andel i utvinningstillatelse for å minimere den økonomiske risikoen ved etablering.

¹⁰⁰ Se f.eks. innbydelse til å søke om andel i utvinningstillatelse i 22. konsesjonsrunde.

enn et selskap som ikke er prekvalifisert. Myndighetene har anledning etter konsesjonsdirektivet og petroleumsloven til å sette en slik inngangsport for hvem som skal kunne søke om utvinningstillatelse, se avsnitt 5.1.

Etter petrl. § 3-5 tredje ledd heter det at tildelinger av utvinningstillatelser skal skje på grunnlag av saklige og objektive kriterier *”samt de krav og vilkår som er angitt i kunngjøringen”*. Regelen åpner altså for at det kan stilles andre krav og vilkår enn de som kommer frem fra lov og forskrift. EUs konsesjonsdirektiv som tildelingsreglene i petroleumsloven bygger på setter heller ingen skranker for at prekvalifiseringen brukes som inngangsport for å få adgang til norsk sokkel, så lenge det ikke fører til forskjellsbehandling mellom aktørene.¹⁰¹

Invitasjonsteksten gir dermed uttrykk for at det kun er prekvalifiserte selskap eller selskap som allerede er rettighetshavere på norsk kontinentalsokkel som har anledning til å søke om tildeling av utvinningstillatelse. Etter OEDs syn er ikke denne begrensningen reell.¹⁰² Departementets oppfatning er at den oppstilte begrensningen i invitasjonen ikke gir anledning til å avvise søknader fra ikke-prekvalifiserte selskap dersom en slik søknad skulle komme inn. Etter min mening er ikke departementets interne oppfatning tilstrekkelig for å si at prekvalifiseringen ikke gir en rettsstilling som kvalifisert til å søke om utvinningstillatelse slik invitasjonen i dag er utformet. For et selskap som ønsker å etablere seg på norsk sokkel gir invitasjonsteksten uttrykk for at man må være prekvalifisert for å søke om utvinningstillatelse. Ved henvendelse til departementet vil nok selskapet også bli rådet til å gå gjennom en prekvalifisering før det søker om konsesjonstildeling. Jeg mener derfor at vilkåret slik det er satt opp i invitasjonsteksten taler for at prekvalifiseringen er bestemmende for selskapets rettsstilling.

Det er likevel ikke sikkert at det er tilstrekkelig til å være bestemmende for selskapets rettsstilling at det står i innbydelsen for tildeling av utvinningstillatelser at nye selskaper må være prekvalifisert for å søke. Departementet kan jo bare ta vekk dette vilkåret så vil ikke prekvalifiseringsavgjørelsen være bestemmende for selskapets rettsstilling lengre. Dette er

¹⁰¹ Konsesjonsdirektivet setter som krav at tildeling av rettigheter til å drive petroleumsvirksomhet skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier, se bl.a. direktivets forord og artikkel 5.

¹⁰² Opplyst i samtale med OED 20. februar 2008.

likevel ikke et avgjørende moment. Selv om myndighetene forandrer vilkårene for å søke om utvinningstillatelse senere, betyr ikke det at de som har gått igjennom søknadsprosessen tidligere mister sin rettsstilling.

Jeg har etter dette kommet frem til at avgjørelsen om å prekvalifisere et selskap oppfyller vilkårene som kreves for at avgjørelsen skal være et enkeltvedtak. Dette begrunner jeg i at det ved søknad om utvinningstillatelse er bestemmende for selskapets rettsstilling at det har blitt prekvalifisert. I tillegg vil de prekvalifiserte selskapene være underlagt en annen og mindre omfattende saksbehandling fordi selskapet ved prekvalifiseringen allerede har vært gjennom en kvalifikasjonsvurdering. Jeg vil imidlertid bemerke at jeg har kommet frem til denne konklusjonen under tvil. Det poeng at myndighetene ved å ta bort vilkåret om at selskaper enten må være prekvalifisert eller rettighetshaver på norsk sokkel for å kunne søke om konsesjonstildeling gjør at rettstillingen til det prekvalifiserte selskapet svekkes. Avgjørelsen vil dermed, slik jeg ser det, ligge i grenseland for hva som kan regnes som et enkeltvedtak.

6.1.5 Kan en avgjørelse som ikke er endelig for den egentlige realitetsavgjørelse være et eget enkeltvedtak?

Et enkeltvedtak er vanligvis den endelige realitetsavgjørelse på en sak.¹⁰³ I forbindelse med avgjørelser i saker om adgangen til norsk sokkel vil den endelige realitetsavgjørelse i saken være avgjørelsen om at aktøren har blitt tildelt utvinningstillatelse etter petrl. § 3-5 eller ved samtykke om overdragelse av andel i utvinningstillatelse etter petrl. § 10-12. Den avgjørelse som blir tatt ved prekvalifiseringen er en del av kvalifikasjonsvurderingen som er avgjørende for om en aktør kan få tildelt utvinningstillatelse eller samtykke til overdragelse av andel i utvinningstillatelse.

¹⁰³ Innstilling fra forvaltningskomiteen side 207.

Ved prekvalifiseringen blir altså deler av realitetsavgjørelsen tatt ut og avgjort på et tidligere tidspunkt enn resten av enkeltvedtaket. Prekvalifiseringsavgjørelsen er da ikke den endelige realitetsavgjørelse i saken – det vil konsesjonstildelingen være. Prekvalifiseringen er likevel en selvstendig avgjørelse som oppfyller vilkårene som kreves for at avgjørelsen skal være et enkeltvedtak.

Spørsmålet er da om prekvalifiseringsavgjørelsen kan være et eget enkeltvedtak til tross for at det ikke er den endelige realitetsavgjørelse i saken. Det er mange momenter som taler for at det kan være tilfelle. Spørsmålet som prekvalifiseringen avgjør er av materiell art og avgjørelsen er endelig hva gjelder deler av kvalifikasjonsvurderingen i den forstand at den ikke uten videre kan fravikes. Avgjørelsen har også rettslig betydning for den videre saksbehandling.

Også hensynet til petroleumslovens system taler for at avgjørelsen godt kan regnes som et enkeltvedtak. Petroleumsloven er bygget opp på en slik måte at en tildeling av utvinningstillatelse ikke gir fullstendige rettigheter til å gjøre hva man ønsker på det feltet man er tildelt. Petroleumsvirksomheten er delt inn i faser og hver fase har sine tillatelser og godkjenninger som skal behandles av departementet. Det vil si at det er forskjellige krav som skal oppfylles til hver tillatelse og at de forskjellige tillatelsene og godkjennelsene blir avgjort på forskjellige tidspunkt i prosessen fra utvinningstillatelse blir gitt, oppstart av virksomhet, utbygging av felt og produksjon og til slutt nedstengning og avslutning av petroleumsvirksomheten. Dette kalles gjerne ”stop go stop”-prinsippet i petroleumsretten. At deler av kvalifikasjonsvurderingen blir tatt på et tidligere tidspunkt enn konsesjonstildelingen bryter således ikke med hvordan petroleumslovens system ellers er bygget opp. Jeg mener derfor at gode hensyn taler for at adgangen til å bli rettighetshaver på norsk sokkel også blir lagt opp på denne måten, se også drøftelse i avsnitt 6.3 om mulig regulering av prekvalifiseringsordningen.

Konklusjonen min er dermed at prekvalifiseringsavgjørelsen er et selvstendig enkeltvedtak som er endelig for kvalifikasjonsvurderingen av selskapet som ønsker å etablere seg på

norsk sokkel. Jeg mener derfor at det kan treffes enkeltvedtak som ikke er endelige realitetsavgjørelse i saken når det gjelder spørsmål om adgangen til og etablering på norsk sokkel – i alle fall vil det være tilfelle ved prekvalifiseringen.

6.2 Subsidært: Et krav om forsvarlig saksbehandling.

Selv om avgjørelsen om å prekvalifisere en aktør ikke skulle være et enkeltvedtak er det likevel et grunnleggende ulovfestet krav i forvaltningsretten at avgjørelsen skal skje på grunnlag av forsvarlig saksbehandling. Dette ulovfestede kravet supplerer lovfestede krav til saksbehandlingen i forvaltningsloven og andre lover. Forsvarlighetskravet ligger også til grunn for saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven.¹⁰⁴

Kravet til forsvarlig saksbehandling innebærer for det første krav til kontradiksjon. For det første skal partene få varsel om saksbehandlingen og anledning til å uttale seg om saken. For det andre kreves det at forvaltningens vurderinger er forsvarlige. Avgjørelsen skal altså treffes på grunnlag av en forsvarlig vurdering av sakens omstendigheter, gjennom krav forsvarlig utredning og habilitetsregler. Til sist er det et krav om muligheter for overprøving av forvaltningens avgjørelser ved domstolene.

6.3 Er enkeltvedtak den mest hensiktsmessige måten å regulere prekvalifiseringsordningen?

6.3.1 Innledning.

Det er gode grunner som taler for at prekvalifiseringsordningen bør reguleres i forskrift. Slik ordningen er i dag er det usikkert hva som egentlig bestemmes når et selskap blir prekvalifisert. Prekvalifiseringen mister dermed litt av forutberegneligheten for aktørene som det er meningen at ordningen skal ha.

¹⁰⁴ Innstilling fra forvaltningskomiteen side 7 og Graver (2007) side 79-80.

Ved innføring av samsvarsuttalelser for flyttbare boreinnretninger (SUT) ble ordningen først innført uten regulering. Etter noen år ble ordningen på oppfordring fra Stortinget likevel formalisert og regulert i forskrifts form, se forskrift om helse, miljø og sikkerhet i petroleumsvirksomheten (rammeforskriften) § 17 tredje ledd. Det ble bestemt at SUT skulle være *”et vedtak fattet av Petroleumstilsynet om at en flyttbar innretnings tekniske tilstand, søkerens organisasjon og styringssystem er vurdert å være i samsvar med relevante krav i norsk sokkelregelverk”*.¹⁰⁵ Ordningen var tidligere frivillig, men ble fra 1. januar 2004 gjort obligatorisk og 1. januar 2006 ble ordningen utvidet til å omfatte ikke bare flyttbare boreinnretninger, men også andre flyttbare innretninger som er registrert i nasjonalt skipsregiseter og som brukes til boring, produksjon, lagring og avskiping, samt brønnintervensjon og innkvartering. Etter bestemmelsen skal vedtak fattes etter søknad fra eier, reder og/eller den som skal stå for driften av en slik innretning og skal inneholde materiale og opplysninger om innretningens tekniske tilstand og søkerens organisasjon og styringssystem.¹⁰⁶

Det er gode grunner til at et regelverk bør innføres i forskrifts form når lovgivningskompetansen er delegert til departementene eller andre forvaltningsorganer fra Stortinget. Den demokratiske prosessen som sikres ved behandling i Stortinget vil ikke lenger gjøre seg gjeldende når regelverket er innført av departementet direkte. For å sikre mot blant annet vilkårlighet og tilfældigheter ved utarbeidelse av forskrifter har lovgiver laget et regelverk for hvordan saksbehandlingen skal foregå. Dette regelverket skal blant annet sikre at det området som skal reguleres er forsvarlig utredet og at de instanser som har interesser på det området som reguleres skal få varsel om reguleringen og tid til å uttale seg om forholdet, se fvl. § 37. Også kunngjøring av nye forskrifter, jf. fvl. § 38, og regler om virkninger av brudd på regelverket, se blant annet fvl. § 39, er til for å beskytte private rettssubjekter mot kompetanseoverskridelse fra myndighetenes side.

Ved at ordningen blir regulert vil også saksbehandlingsreglene og prosessen rundt prekvalifiseringen bli klarere. Avgjørelsens virkninger kan komme klarere frem ved en regulering. Det vil dermed være en mer oversiktlig prosess for selskaper som ønsker å bli prekvalifisert. Reguleringen kan på den annen side føre til at prosessen mister den dynamiske og uformelle formen som myndighetene har ønsket at ordningen skal ha. Det

¹⁰⁵ Veiledning til SUT pkt. 1 innledning. (http://www.ptil.no/regelverk/r2002/SUT-veiledningen_n.htm)

¹⁰⁶ Rammeforskriften § 17 tredje ledd andre punktum (http://www.ptil.no/regelverk/r2002/frame_n.htm).

kan likevel avhjelpest gjennom stor grad av skjønnskompetanse i forhold til hva som skal til for at kravene for å bli prekvalifisert er oppfylt.

Det kan være uenighet om enkeltvedtak er den mest egnede måten å regulere prekvalifiseringsordningen. Denne problemstillingen kommer jeg tilbake til i avsnitt 6.3.4. Først ønsker jeg å redegjøre for hva departementet kan bestemme ved forskrift etter petroleumsloven og om prekvalifiseringsordningen bør reguleres som forskrift. Det kan være anledning til å regulere prekvalifiseringen gjennom forskrift også uten at avgjørelsen skal være et enkeltvedtak. Motsatt kan også en avgjørelse være et enkeltvedtak selv om den ikke er hjemlet i lov eller forskrift slik prekvalifiseringsavgjørelsen er i dag, se avsnitt 6.1.

6.3.2 Departementets kompetanse etter petroleumsloven § 10-18.

Etter Grunnloven § 75 a tilkommer det Stortinget *”at give og opphæve love”*. Det er alminnelig antatt at lovgivningsmyndigheten kan overdras til for eksempel Kongen.¹⁰⁷ Slik overdragelse av myndighet blir som oftest gjort ved lovgivning. På petroleumsvirksomhetens område er delegasjon av lovgivningsmyndighet hjemlet i petrl. § 10-18. Her er det bestemt at *”Kongen kan gi forskrifter til utfylling og gjennomføring av denne lov”*.¹⁰⁸ Med Kongen menes den utøvende myndighet – forvaltningen. Utarbeidelser av forskrifter o.l. av denne art sorterer under Olje- og energidepartementet, men kan etter den alminnelige delegasjonsadgang bli flyttet til for eksempel Oljedirektoratet.¹⁰⁹

Det er mange grunner til at lovgivningsmyndigheten blir delegert til forvaltningen. Mangel på kunnskap om for eksempel lokale forhold eller teknisk kyndighet fører til at Stortinget i mange tilfeller kun vedtar fullmaktslover eller rammelover og overlater detaljreguleringen til Kongen eller andre myndigheter.¹¹⁰ Hensynet til en hensiktsmessig arbeidsfordeling

¹⁰⁷ Andenæs (2004) side 181-190.

¹⁰⁸ Petroleumsloven § 10-18 første ledd.

¹⁰⁹ Andenæs (2004) side 188-189.

¹¹⁰ Andenæs (2004) side 181 og 182-183. Ved rammelover er ofte delegasjonsadgangen mer begrenset enn ved fullmaktslover, men det er ingen skarpe grenser mellom disse.

mellom Stortinget og forvaltningen tilsier at det er adgang til slik delegasjon. Lovgivningen har i moderne tid fått et stort omfang, og det er mindre betryggende om behandlingen av detaljforskrifter blir behandlet av et Storting som ikke har anledning til å sette seg ordentlig inn i saken, enn at reguleringen blir overlatt til et sakkyndig organ. Fagdepartementene og annen sakkyndig myndighet vil ofte ha mye større kunnskap om bransjen og dermed bedre forutsetninger for å vite hva som er nødvendig å regulere.¹¹¹ Det kan gjøre reguleringen mer dynamisk og tilpasset næringsområdet.

Det kan være uklart hvilke grenser som stilles ved lovgivningskompetansen som Stortinget har overdratt til Kongen. I petrl. § 10-18 er det en liste med eksempler om hva det kan gis forskrifter om: Bestemmelser om arbeidsforhold, taushetsplikt, og om rettighetshavers plikt til å gjøre opplysninger om virksomhet etter loven offentlig tilgjengelig. Det er ikke meningen at denne listen skal være uttømmende; lovgiver har ved å sette inn "*bl.a.*" gjort det klart at de opplistede områdene kun er eksempler.

Petroleumsloven § 10-18 er utformet på samme måte som § 57 i petroleumsloven av 1985, og forarbeidene til § 10-18 i 1996-loven viser til forarbeidene til 1985-loven.¹¹² I disse forarbeidene kommer det fram at forskrifter kan gis som ledd i å utfylle lovens bestemmelser og/eller regulere gjennomføringen av disse.¹¹³ I forbindelse med lovutkastet for 1985-loven sendte departementet brev til Stortingets energi- og industrikomité 2. mai 1984, hvor det ble presisert at departementet selv tolket § 57 dit hen at med "*utfylling og gjennomføring*" mentes at det var tilstrekkelig hvorvidt de aktuelle forskriftsbestemmelser regulerte forhold som er omhandlet i lovutkastet. I teorien er denne tolkningen å anse som riktig.¹¹⁴

¹¹¹ Andenæs (2004) side 182.

¹¹² Ot.prp. nr. 43 (1995-96) side 64-65.

¹¹³ NOU 1979: 43 side 90-91.

¹¹⁴ Petroleumsloven med kommentarer (1985) side 575.

Departementet vil etter dette ha kompetanse til å regulere det som er nødvendig for å gjennomføre loven så lenge reguleringen ligger innenfor lovens rammer. Motsatt kan det sies at OED ikke har anledning til å gi forskrifter som er i strid med loven og dens formål.

Prekvalifiseringen er en vurdering av et selskaps kvalifikasjoner og den er knyttet opp til kontroll med hvem som er rettighetshaver på norsk sokkel. Etter petrl. § 1-3 kan ingen drive petroleumsvirksomhet uten etter de tillatelser som kreves i medhold av petroleumsløven. Utvinningstillatelse vil være en slik rettighet. Denne kan tildeles på nærmere bestemte vilkår hvor selskapets kvalifikasjoner er en av disse. Det er dermed klart at myndighetene kan regulere prekvalifiseringsordningen gjennom forskrift.

Selv om myndighetene kan regulere prekvalifiseringsordningen i forskrift, er ikke slik regulering nødvendig etter loven. Det er etter alminnelig forvaltningsrett kun inngrep i privates rettsfære som krever hjemmel i lov.¹¹⁵ Prekvalifisering av nye aktører vil ikke være et inngrep, slik at prekvalifiseringsordningen ikke nødvendigvis trenger å være lovhjemlet.

6.3.3 Bør prekvalifiseringsordningen reguleres i forskrift?

Selv om det ikke er nødvendig å regulere prekvalifiseringsordningen i forskrift kan det være hensiktsmessig. Det særlig hensynet til forutberegnelighet for aktørene som gjør seg gjeldende som argument for at ordningen bør reguleres i forskrift, men også andre forhold spiller inn i vurderingen.

Tidligere var prekvalifiseringen en delvis lukket prosess. Dokumenter om kvalifikasjonskrav og prosessen forøvrig har først kommet til de senere årene. Likevel er det vanskelig å avgjøre hvilke krav som faktisk stilles til aktører som ønsker å etablere seg på norsk kontinentalsokkel. For nye selskaper vil ikke prekvalifiseringsordningen per i dag

¹¹⁵ Se Eckhoff og Smith (2006) side 325.

gjøre det lettere å forstå hva som ligger i kvalifikasjonskravene som må være oppfylt for å bli kvalifisert som rettighetshaver på norsk sokkel. Særlig kan dette være vanskelig å forstå for de selskaper som ikke blir prekvalifisert.

Petroleumsregelverket er fragmentert og uoversiktlig når det gjelder hvilke krav som stilles til rettighetshaver. En regulering av prekvalifiseringsordningen vil tvinge myndighetene til å gå nærmere igjennom reguleringene og ta stilling til hva som kan kreves etter lovverket. Reguleringen kan brukes til å klargjøre hvilke krav som stilles til aktører ved prekvalifisering – og dermed hvilke kvalifikasjonskrav det stilles til aktører som ønsker å få tildelt utvinningstillatelse på norsk sokkel.

På den annen side vil en klarlegging av kriteriene med en oppgått grensegang kanskje lettere føre til at flere selskaper legger seg akkurat på terskelnivå. Det vil ikke være heldig dersom mange selskaper ligger helt på grensen til hva som kan regnes som forsvarlig, verken finansielt, ressursfaglig eller hva gjelder HMS-kompetansen. Det kan føre til flere ulykker, konkurser og generelt sett en mindre forsvarlig petroleumsvirksomhet. Det er ikke i tråd med formålet om forsvarlig utvinning av petroleumsressursene etter petrl. § 4-1.

Hensynet til fleksibilitet kan tilsi at ordningen ikke bør reguleres, men fortsette å være en uformell dialog slik den er i dag. Ved å ikke oppstille faste minimumskrav forhindrer man at selskapene legger seg på lavest mulig nivå. I tillegg kan prekvalifisering i mye større grad tilpasses aktørens mor- og søsterselskap og hvilke kvalifikasjoner som ligger i disse organisasjonene. Har en aktør et stort morselskap i ryggen trenger det ikke stilles like store krav til når det gjelder finansiering. Det samme gjelder petroleumsfaglig kompetanse, dersom selskapet er tilknyttet andre selskap som driver med oppstrøms virksomhet i lignende områder. Kravene til selskapets kvalifikasjoner vil også variere etter hvilken type virksomhet og størrelsen på virksomheten som rettighetshaveren har på kontinentalsokkelen. Det kan derfor være vanskelig å lovfeste kvalifikasjonene samtidig som man ønsker å opprettholde den fleksibiliteten som per i dag ligger i kvalifikasjonsvurderingen. Jeg tror likevel det er muligheter for å gjøre minimumskravene

klarere. I tillegg kan det reguleres hvilke muligheter og eventuelle begrensninger som følger av at et selskap bare oppfyller disse minimumskravene.

Ved en formalisering av regelverket i forskrift kan myndighetene i større grad regulere hvilke virkninger som følger av en prekvalifisering. Virkningene blir også da klarlagt for aktørene som igjen vil føre til større forutsigbarhet i forhold til den videre prosessen mot etablering på norsk sokkel. Per i dag rår det en usikkerhet blant aktørene om hvilke virkninger prekvalifiseringen har når det gjelder den etterfølgende konsesjonstildelingen. En regulering gir også muligheter for myndighetene og begrense eventuelle uønskede virkninger av prekvalifiseringen.

Prekvalifiseringsordningen er per i dag frivillig, men utviklingen av praksis har ført til at de aller fleste nye aktører går igjennom en prekvalifisering før de etablerer seg på norsk sokkel. Det ser ut som det også er myndighetenes ønske at nye aktører skal gå gjennom en slik ordning. Dersom ordningen faktisk sett nærmest har blitt obligatorisk taler det for at ordningen bør reguleres.

At et selskap har blitt prekvalifisert har også virkninger utover selskapet selv og myndighetene. Det er også av betydning hvordan avgjørelsen fremstår utad. Det kan se ut som at et selskap som har blitt prekvalifisert får adgang til datarom og andre forretningshemmeligheter i forbindelse med kjøp og salg av andeler i annenhåndsmarkedet, som ikke-prekvalifiserte selskap ikke får.¹¹⁶ I tillegg har en prekvalifiseringsavgjørelse betydningen for verdsettelsen av selskapet på børs ved at avgjørelsen gir et klarsignal om at denne aktøren kan komme seg ut på norsk sokkel. Selv om en kan si at dette er næringslivets egne skranker og betegnelser, vil det likevel være et argument for at ordningen bør formaliseres.

¹¹⁶ Med datarom menes informasjon om kjøpsgjensstand som legges frem for kjøperen. Ved at slik informasjon legges frem vil en selger minske risikoen for mangler etter overdragelse. Kjøper på sin side har oppfylt undersøkelsesplikten sin ved å gå igjennom den informasjon som blir lagt fram i datarommet.

Etter dette har jeg kommet frem til at de fleste momenter taler for at ordningen heller reguleres i forskrift enn at den blir opprettholdt på det uformelle plan slik den er i dag. Jeg mener at myndighetenes ønske om fleksibilitet med hensyn til vurdering av kvalifikasjonskrav i henhold til den virksomhet som skal utøves på sokkelen kan opprettholdes i stor utstrekning selv om ordningen er regulert i forskrift.

6.3.4 Er enkeltvedtak en hensiktsmessig måte å regulere prekvalifiseringsavgjørelsen?

Ved vurderingen av om det er hensiktsmessig å regulere prekvalifiseringsavgjørelsen som et enkeltvedtak må det spørres hvilke virkninger dette får i forhold til det tilfellet hvor avgjørelsen ikke er et enkeltvedtak. Den vesentlige forskjellen er at avgjørelsen er bestemmende for selskapets rettsstilling dersom avgjørelsen er et enkeltvedtak. Spørsmålet blir da om det er hensiktsmessig at prekvalifiseringsavgjørelsen er bestemmende for selskapets rettsstilling.

Dersom myndighetene ønsker å regulere hvem som skal ha anledning til å søke på konsesjonstildelinger er det hensiktsmessig å la en prekvalifisering være inngangsporten for å søke om slike tildelinger. På denne måten sikres det at de som søker om konsesjonstildelinger er kvalifisert til å være rettighetshaver på norsk sokkel. Selskapene har allerede blitt vurdert som kvalifiserte ved prekvalifiseringen.

Ved at man setter en kvalifikasjonsterskel for å søke om utvinningstillatelse, så utelukker man de rene finansieringsselskap. Det er likevel vært en politikk om at rettighetshavere og operatører på norsk sokkel også skal ha petroleumsfaglige interesser, og ikke bare ha finansiell inntjening som formål.

At prekvalifiseringsavgjørelsen er regulert som enkeltvedtak vil føre til at den videre saksbehandlingen for å komme inn på norsk kontinentalsokkel være lettere og mer forutsigbar både for aktørene selv og for myndighetene. Det vil være mindre

dokumentasjonskrav ved søknad om konsesjonstildelinger. Myndighetene vil videre være kjent med selskapene og deres kvalifikasjoner allerede før søknadsprosessen. Det betyr at myndighetene også lettere kan sette sammen rettighetshavere som komplimenterer hverandre. Sikkerheten til de selskapene som ikke kommer igjennom en prekvalifisering fordi myndighetene har kommet frem til at selskapet ikke har tilstrekkelige kvalifikasjoner tilsier også at avgjørelsen best reguleres som enkeltvedtak.

Konklusjonen blir etter dette at det er hensiktsmessig å regulere prekvalifiseringsavgjørelsen er bestemmende for aktørenes rettstilling. Avgjørelsen bør dermed reguleres som et enkeltvedtak. Ved at avgjørelsen er regulert på denne måten vil det være klarere for aktørene hvilke virkninger en prekvalifiseringsavgjørelse har – og hvilke muligheter selskapet har om det ikke blir prekvalifisert.

6.4 Adgang til å sette vilkår ved prekvalifiseringen.

Det kan stilles spørsmål om det er adgang til å sette vilkår ved en avgjørelse om prekvalifisering. Det må antas at adgangen til å stille vilkår må bero på en alminnelig tolkning av vilkårenes art og forholdet mellom prekvalifiseringsvedtaket og de vilkår som stilles. Etter alminnelig forvaltningsrettslig vilkårlære er det adgang til å stille tyngende vilkår til begunstigende vedtak uavhengig av om den aktuelle loven eksplisitt åpner for dette.¹¹⁷ Det vil likevel være en forskjell på adgangen til å stille vilkår ved lovbundne vedtak enn ved hensiktsmessighetsavgjørelser.¹¹⁸

Tildeling av utvinningstillatelser vil være en hensiktsmessighetsavgjørelse, hvor myndighetene i stor utstrekning har adgang til å stille vilkår. Inngåelse av samarbeidsavtalen og avtale om utvinningstillatelse er typiske eksempler på slike konsesjonsvilkår.

¹¹⁷ Kjelle vold (1995) side 69-70.

¹¹⁸ Kjelle vold (1995) side 69 med videre henvisninger.

Prekvalifiseringsvedtaket er i motsetning til tildeling av utvinningstillatelse et subsumsjonsskjønn hvor det ikke er rom for hensiktsmessighetsvurderinger i forhold til om et selskap som har oppfylt kvalifikasjonsvurderingene skal bli prekvalifisert. Det betyr at adgangen til å sette vilkår ved prekvalifiseringsavgjørelsen er mer begrenset enn ved en tildeling av utvinningstillatelse. Jeg vil likevel anta at det er en viss mulighet til å stille vilkår så lenge disse står i saklig sammenheng med de kvalifikasjonskravene som selskapet må oppfylle.

6.5 Forvaltningens adgang til å omgjøre prekvalifiseringsavgjørelsen.

Det kan stilles spørsmål om forvaltningen kan gå fra et vedtak om prekvalifisering ved en vurdering om konsesjonstildeling. Forvaltningsloven § 35 femte ledd åpner for en slik omgjøringsadgang. Etter denne bestemmelsen kan forvaltningen omgjøre sine egne vedtak uten hensyn til de begrensninger som følger av bestemmelsen forøvrig, når endringen følger av annen lov, vedtaket selv eller av alminnelige forvaltningsrettslige regler.

Forvaltningsloven § 35 hjemler omgjøringsadgang også i andre tilfeller hvor vedtaket ikke er påklaget jf. bestemmelsens første ledd. Jeg vil ikke gå nærmere inn på hvilke vilkår som må oppfylles i slike tilfeller. Både organet som har fattet avgjørelsen og overordnet organ kompetanse til å omgjøre avgjørelsen uten at det har blitt påklaget. Et overordnet organ har en videre kompetanse til å omgjøre et vedtak enn det organ som har fattet vedtaket, jf. fvl. §35 tredje ledd. I bestemmelsen heter det at avgjørelsen kan omgjøres "uten klage". Begrepet "uten klage" er litt misvisende, da omgjørelse etter denne bestemmelsen også kan skje utenfor den kompetansen som klagereglene gir.¹¹⁹ Kompetanse til å omgjøre en avgjørelse kan skje etter initiativ fra myndighetene selv, overordnede myndigheter eller ved henvendelse fra en privat part. Myndighetene har ikke noen plikt til å bruke omgjøringskompetansen sin etter § 35 med mindre det foreligger mer åpenbare feil eller ugyldighet.¹²⁰ Om myndighetene i andre tilfeller plikter å ta i bruk omgjøringsadgangen må i tilfelle baseres på hvilken praksis myndighetene selv etablerer ved slike henvendelser, og i så tilfelle begrunnes i likebehandlingsprinsippet. Omgjøringsadgangen etter fvl. § 35 er dermed mer usikker enn i de tilfeller hvor det er en alminnelig klageadgang etter fvl. § 28.

For at det skal foreligge en omgjøringsadgang på grunnlag av "*annen lov*", må omgjøringsadgangen ved prekvalifiseringens tilfelle hjemles i reglene for tildeling av

¹¹⁹ Graver (2007) side 515.

¹²⁰ Graver (2007) side 515.

utvinningstillatelser. Slik bestemmelsen er i dag kan jeg ikke se at det er slike muligheter for å innfortolke en slik omgjøringsadgang i kvalifikasjonsvurderingen ved tildeling av utvinningstillatelser. En omgjøringsadgang må derfor følge av vedtaket selv eller av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.

For at det skal være adgang til omgjøring som følge *”av vedtaket selv”* er det nødvendig, men ikke tilstrekkelig, at myndighetene har tatt forbehold om omgjøring i vedtaket. For at omgjøring skal kunne skje må det også tas hensyn til tyngden av de motstående interesser.¹²¹ Forbeholdet i vedtaket selv vil likevel være et moment i den samlede vurderingen av om et vedtak kan omgjøres. Ved prekvalifiseringsavgjørelsen er det tatt et forbehold om at en *”endelig aksept av [selskapet] som rettighetshaver vil måtte foretas i tilknytning til en konkret søknad om tildeling av andel i utvinningstillatelse”*. Dette kan ikke sies å være et forbehold om at kvalifikasjonsvurderingen uten videre kan omgjøres. Dette må derfor bero på en vurdering av om omgjøring kan følge av *”alminnelige forvaltningsrettslige regler”*.

Forvaltningsloven § 35 femte ledd åpner altså for at prekvalifiseringsavgjørelsen kan omgjøres som følge av *”alminnelige forvaltningsrettslige regler”*. Adgangen til omgjøre i disse tilfellene beror på en interesseavveining mellom betydningen av at vedtaket blir opprettholdt for selskapet mot de hensyn som taler for omgjøring. For at omgjøring skal kunne skje må de hensyn som taler for omgjøring veie vesentlig tyngre enn de som taler mot.¹²² Hva som kan regnes som tungtveiende allmenne hensyn beror på en konkret vurdering i den enkelte situasjon. Det som kan tale for omgjøring ved prekvalifiseringen er sikkerhetsmessige hensyn eller forandring i de faktiske forhold. Også det at regelverket har blitt strengere kan være et slikt hensyn. Her vil likevel myndighetene ofte vite om dette før regelverksendringen trer i kraft, slik at vurderingen ved prekvalifiseringen bør legges opp etter den nye og strengere standard.

¹²¹ Eckhoff og Smith (2006) side 299.

¹²² Eckhoff og Smith (2006) side 296.

Hensyn som taler mot omgjøring er særlig innretningshensynet. Dersom selskapet har etablert organisasjon i Norge og gått til anskaffelse av en utvinningstillatelse med de investeringer dette koster, skal det mer til for å omgjøre prekvalifiseringsvedtaket enn i de tilfellene hvor selskapet enda ikke har kommet så langt i etableringsprosessen. På grunn av at prekvalifiseringsavgjørelsen faktisk skal minimere den risikoen et selskap tar ved å investere i etablering og oppbygning av organisasjon, vil dette hensynet veie meget tungt. I de tilfellene hvor selskapet uten å etablere organisasjon har levert søknad om tildeling av utvinningstillatelse kan kanskje situasjonen være noe annerledes. Likevel vil hensynet til den investering som selskapet har tatt ved å søke om utvinningstillatelse også her være et hensyn som taler mot omgjøring.

Etter dette må det konkluderes med at omgjøringsadgangen ved prekvalifiseringsavgjørelsene er snever, særlig i de tilfellene hvor selskapet har etablert organisasjonen og gått til anskaffelse av andeler i utvinningstillatelse.

7 Grenser for myndighetenes kompetanse.

7.1 Myndighetsoverskridelse ved en prekvalifiseringsavgjørelse.

I de tidligere kapitler har jeg redegjort for hvilke kriterier som materielt stilles til aktører på norsk kontinentalsokkel og for hvilke regler som gjelder for gjelder ved prekvalifiseringsordningen. På grunn av at prekvalifiseringsordningen ikke er regulert i forskrift og fordi det fremstår som uklart når kvalifikasjonskravene er oppfylt, ligger det til rette for at myndighetenes kompetanse lett kan overskrides ved prekvalifiseringsavgjørelsen. Formålet i dette kapitlet er å gå opp noen grenseganger for myndighetenes kompetanse ved prekvalifiseringsavgjørelsen og på denne måten gjøre vurderingstemaet for myndighetene klarere. Fremstillingen vil ikke være uttømmende fordi

grensene for myndighetenes kompetanse alltid vil bero på en konkret vurdering av den avgjørelse som er tatt i det enkelte tilfellet.

Rammene for myndighetenes kompetanse må trekkes etter ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper og etter prinsipper som gjør seg gjeldende etter EU/EØS-rett som er gjennomført i norsk rett. Når forvaltningen i sine avgjørelser går utenfor disse rammene kalles dette gjerne *"myndighetsoverskridelse"* eller etter tidligere terminologi *"myndighetsmisbruk"*.

"Myndighetsoverskridelse" har blitt mer vanlig å bruke de siste årene og brukes blant annet av Eckhoff og Smiths fremstilling av forvaltningslæren.¹²³ Graver har på den annen side valgt å beholde det eldre begrepet *"myndighetsmisbruk"*, men peker også på at det er gode grunner som taler for å heller snakke om *"overskridelse av forvaltningsmyndighet"* som en fellesbetegnelse på kontroll med at forvaltningen ikke overskrider sin myndighet.¹²⁴ I motsetning til begrepet *"myndighetsmisbruk"* som kan føles noe belastende, er *"myndighetsoverskridelse"* et mer nøytralt begrep. Særlig det moment at det ikke kreves noen form for skyld hos saksbehandler for at et vedtak skal kunne kjennes ugyldig på grunn av myndighetsoverskridelse taler for at dette begrepet brukes. Begrepet har sitt utgangspunkt i det latinske uttrykket *"ultra vires"* som brukes i angloamerikansk rett, og det franske begrepet *"excès de pouvoir"* som betyr kompetanseoverskridelse.¹²⁵ Begrepet *"myndighetsoverskridelse"* er også mer utbredt andre europeiske land og i EU- og EØS-rettslig sammenheng.

Læren om myndighetsoverskridelse omfatter reglene om utenforliggende hensyn, usaklig forskjellsbehandling, uforholdsmessighet og vilkårlighet. En avgjørelse om prekvalifisering av nye aktører kan ikke være fattet på grunnlag av momenter som ligger utenfor myndighetenes kompetanse. Motsatt kan en si at prekvalifiseringsavgjørelsen må tas etter en forsvarlig vurdering av relevante hensyn, være nøytral og saklig, og avgjørelsen må være forholdsmessig.¹²⁶ Jeg vil behandle disse prinsippene hver for seg og kun i den utstrekning de vil være aktuelle ved en avgjørelse om prekvalifisering av nye aktører.

¹²³ Eckhoff og Smith (2006) side 344.

¹²⁴ Graver (2007) side 112-113.

¹²⁵ Eckhoff og Smith (2006) side 344.

¹²⁶ Eckhoff og Smith (2006) bruker den negative definisjonen, mens Graver (2007) velger å stille positive krav til forvaltningsprosessen og avgjørelsen.

7.2 Læren om utenforliggende hensyn

7.2.1 Problemstillingen.

I kapittel 3 har jeg redegjort for hvilke krav som er vurderingstema ved prekvalifisering av nye aktører. Disse kravene *skal* vektlegges ved avgjørelsen, men det betyr ikke at myndighetene ikke har anledning til å også vektlegge andre hensyn, se også om adgangen til å stille vilkår i tilknytning til prekvalifiseringen i avsnitt 6.4. Det er likevel grenser for hvilke hensyn myndighetene kan vektlegge i en prekvalifiseringsavgjørelse. I dette avsnittet søker jeg å problematisere noen hensyn som kan ligge i grenseland for hva myndighetene har anledning til å legge vekt på. Før jeg går inn på dette vil jeg redegjøre for hva som generelt ligger i begrepet "*utenforliggende hensyn*".

7.2.2 Om begrepet "utenforliggende hensyn".

Ved forvaltningsavgjørelser er det krav om at beslutningen blir truffet på grunnlag av de hensyn som er i saklig sammenheng med beslutningen, altså hensyn som er relevante for avgjørelsen av saken. Hensyn som ikke er relevante for avgjørelsen av saken kalles gjerne for utenforliggende hensyn og blir ofte regnet som egen ugyldighetsgrunn. Selv om et hensyn er relevant for avgjørelsen, er det ikke sikkert at det er anledning til å gi hensynet avgjørende vekt. Det er forskjell på om et hensyn er relevant og hvilken vekt det kan legges på det i det enkelte tilfellet.

Læren om utenforliggende hensyn har spilt en sentral rolle som begrunnelse for domstolenes prøvingsrett overfor diskresjonære forvaltningsvedtak.¹²⁷ Den ble introdusert i Danmark av Poul Andersens gjennom hans dr. avhandling i 1924 som tok utgangspunkt i den franske lære om "*détournement de pouvoir*".¹²⁸ I Norge var det først Knoph som tok opp læren i "*Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett*".¹²⁹ Kravet om at de hensyn forvaltningen skal legge vekt på kan ses på som et supplement til legalitetsprinsippet ved at man ut fra formålsbetraktninger innsnevrer forvaltningens handlefrihet ved utøving av diskresjonær avgjørelsesmyndighet.¹³⁰

¹²⁷ Bernt (1978) side 241.

¹²⁸ Andersen, Poul: Om ugyldige forvaltningsakter: med særligt henblik paa ugyldighedsgrundene.

¹²⁹ Knoph, Ragnar: Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett (1921), særlig side 93.

¹³⁰ Bernt (1978) side 243.

Det er vanskelig å angi på generelt grunnlag hva som ligger i at avgjørelsen av en sak skal begrunnes i hensyn som er saklige og relevante. Som et utgangspunkt kan det neppe stilles opp noe annet enn at man ikke skal bruke sin myndighet til å tilgodese seg selv og sine venner eller til å skade sine fiender.¹³¹ Videre skal tjenestemannen ikke ta hensyn til verken sine egne eller forvaltningsorganets egeninteresser, slike hensyn vil i utgangspunktet være usaklige.¹³² Etter EØS-avtalen kreves det for eksempel at forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet er forbudt, jf. EØS-avtalen art. 4. Å ta nasjonalitet i betraktning ved prekvalifisering vil derfor være et utenforliggende hensyn. For å fastslå andre hensyn utenfor dette kjerneområde, må man foreta en konkret tolkning av den aktuelle beslutningen.

Hvilke hensyn som kan vektlegges vil først og fremst bero på en tolkning av den enkelte hjemmelslov. I noen tilfeller kan loven positivt oppstille hvilke vilkår som kan vektlegges ved avgjørelsen. Dette gjør for eksempel lov 14. desember 1951 nr. 3 om omsetning av råfisk §§ 5 og 6. Her må loven anses å være uttømmende hva gjelder hensyn man kan legge vekt på. Der hvor loven ikke uttømmende angir hvilke hensyn som skal eller kan vektlegges, kan lovens formål gi holdepunkter dersom dette er angitt i loven eller man på annet grunnlag kan fastsette hva formålet er.¹³³ For eksempel angis det i formålsbestemmelsen til lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) at lovens formål er å *”verne det ytre miljø mot forurensning og å redusere eksisterende forurensning, redusere mengden av avfall og å fremme en bedre behandling av avfall”*, jf. lovens § 1. Men det er heller ikke alltid at lovens formål setter absolutte grenser for hvilke hensyn som vil kunne trekkes inn. For eksempel vil det ved vedtak om vern av naturen etter lov 5. juni 1970 nr. 35 om naturvern (nvl.) kunne vektlegges andre hensyn enn de som er oppstilt i formålsbestemmelsen i lovens § 1. De hensyn som er oppstilt etter denne formålsbestemmelsen vil også kunne vektlegges ved vedtak hjemlet i andre lover, se for eksempel Rt. 1995 side 1939 i forhold til plan- og

¹³¹ Bernt (1978) side 248.

¹³² Graver (2007) side 116.

¹³³ Eckhoff og Smith (2006) side 368.

bygningsloven eller i Rt. 1993 side 278 i forhold til den tidligere lov om vassdragene.¹³⁴

Men selv om et formål i seg selv er aktverdig, er ikke uten videre avgjørende for spørsmålet om det kan tas i betraktning.¹³⁵

I Rt. 1934 side 625 og Rt. 1936 side 801 var også allmenne hensyn relevante, og ikke bare lovteksten og lovens formål som antydte at det først og fremst måtte tas hensyn til ildsfarligheten ved avgjørelsen om at det skulle gis tillatelse for lagring av bensin. Tillatelse kunne derfor nektes selv om det ikke forelå ildsfare.

Læren om utenforliggende hensyn oppstiller som sagt innledningsvis også krav til hvordan de ulike hensynene kan vektlegges. Det kan hevdes at forvaltningen ikke bruker sin myndighet på den forutsatte måten dersom mer underordnede hensyn blir tillagt for stor vekt ved avgjørelsen.¹³⁶ Selv om det etter en tolkning av den aktuelle lov er anledning til å vektlegge hensyn som ikke står i loven, er det ikke sikkert at disse hensynene alene kan begrunne en tillatelse eller et avslag.

I en avgjørelse av Høyesterett i 1993 (Rt. 1993 side 528) ble et pukkverk nektet utslippstillatelse på grunn av at virksomheten ville medføre trafikkstøy i boligområder i nærheten. Pukkverket mente at vedtaket var ugyldig med den begrunnelse at trafikkstøy ikke var et relevant hensyn ved vurderingen av utslippstillatelsen, men det fikk ikke medhold fordi det var adgang til å legge hovedvekt på slik trafikkstøy etter forurensningsloven § 11. Høyesterett kommenterte at slike hensyn ville ha betydning på tvers av forvaltningssektorene og en del av de mer overordnede miljøhensyn som tilsiktes innarbeidet i beslutningsprosessen. Det var på det rene at trafikkstøy var et av flere hensyn som kunne vektlegges ved vurderingen av utslippstillatelsen, men det var uenighet om dette hensynet kunne være hovedbegrunnelsen for avslaget på utslippstillatelsen. Trafikkstøyen ble regnet som en naturlig og påregnelig følge av pukkverkets virksomhet som ville

¹³⁴ Lov 14. juni 1985 nr 77 § 70 og lov 15. mars 1940 nr 3 §§ 104 og 105.

¹³⁵ Graver (2007) side 116.

¹³⁶ Graver (2007) side 112.

medføre en reell forverring av trafikkulempene i området. Hensynet kunne dermed vektlegges som hovedhensyn for avslaget i følge Høyesterett.

Det generelle utgangspunkt er at politiske hensyn kan tas i betraktning, men at det må avgjøres av den enkelte avgjørelses egenart.¹³⁷ Departementene er etter maktfordelingsprinsippet den utøvende makts redskap til å gjennomføre Kongen og regjeringens politikk. Politiske målsetninger vil bli satt til live gjennom forvaltningens virksomhet. I en sak som gjaldt fordeling av fiskekvoter gjennom en serie av forskrifter som reduserte fabrikk- og saltfisketrålerne kvoteandeler til fordel for ferskfisk- og rundfrysetrålerne med det hensyn at sistnevnte leverte fisken til foredlingsanlegg på land (Rt. 1993 side 578) fant Høyesterett etter en grundig gjennomgang av lov, forarbeid og praksis til at det distriktspolitiske og arbeidspolitiske hensyn at de fleste foredlingsbedriftene lå i Finmark som lå bak forskriften, kunne tas i betraktning ved differensiering av kvotefordeling mellom fartøygrupper.

Økonomiske hensyn må også kunne tas i betraktning ved avgjørelsen. Tidligere ble det hevdet et ønske om å skaffe inntekter eller spare utgifter for det offentlige skal ikke påvirke individuelle forvaltningsavgjørelser.¹³⁸ Det var tatt forbehold om at dette ikke hadde like stor gjennomslagskraft på saksområder hvor det lå i sakens natur at økonomi var et sentralt vurderingstema. Dette standpunkt kan ikke sies å være opprettholdt i dag, og utgangspunktet ser heller ut til å være at det kan tas økonomiske hensyn, med mindre loven eller hensynet til berørte individinteresser tilsier det motsatte.¹³⁹

7.2.3 Hvilke hensyn kan vektlegges ved prekvalifiseringsavgjørelsen?

Det kan ikke uten videre fastlegges hvilke hensyn som etter en tolkning av petroleumsregelverket kan vektlegges ved prekvalifisering av nye aktører på norsk sokkel.

¹³⁷ Bernt (1978) side 249.

¹³⁸ Bernt (1978) side 249-250.

¹³⁹ Graver (2007) side 121.

Det generelle spørsmål ved identifisering av hvilke hensyn som kan vektlegges vil være hva forvaltningen kan *”trekke inn og se i sammenheng med den aktuelle avgjørelse”*.¹⁴⁰ Som jeg tidligere har påpekt (se avsnitt 2.5) får ikke petroleumsloven direkte anvendelse ved prekvalifisering av nye aktører, men en del bestemmelser samt lovens formål vil være bakgrunnsrett for prekvalifiseringsavgjørelsen. Hensyn som kan vektlegges etter loven kan derfor i mange tilfeller også vektlegges ved prekvalifiseringsavgjørelsen.

Når et selskap blir prekvalifisert, legger det frem en plan om hvordan selskapet ønsker å bygge opp organisasjonen, og på hvilke områder det ønsker å jobbe innenfor. Denne planen vil ofte være en stor del av departementets avgjørelsesgrunnlag, og denne vil klart vektlegges ved beslutningen. Det kan likevel stilles spørsmål om hvordan og i hvilken grad den skal kunne vektlegges. Ønsker for eksempel selskapet å bygge opp sin virksomhet rundt haleproduksjon, og departementet mener at det ut fra dagens produksjon er nok selskaper som jobber innenfor dette siktet, kan ikke myndighetene avstå fra å prekvalifisere aktøren av den grunn.

De fleste av hensynene som kan trekkes inn og vektlegges ved prekvalifiseringen er ulovfestede hensyn. Blant annet kan en identifisere relevante hensyn etter en tolkning av formålet. Som jeg har beskrevet i avsnitt 2.3 er et av formålene med prekvalifiseringen å gjøre det lettere for nye aktører å etablere seg på norsk sokkel. Hensikten med dette var at staten ønsket å få et større mangfold av selskaper på norsk sokkel, og gjerne selskaper som hadde eller ønsket å utvikle ny teknologi. At hensyn som fremmer denne målsetningen kan vektlegges er klart. Likevel kan ikke slike hensyn vektlegges dersom de er i strid med annen lov. En ny aktør vil ikke kunne prekvalifiseres dersom han for eksempel ikke kan ivareta krav etter HMS-regelverket på en forsvarlig måte, selv om det ellers er på det rene at denne aktøren kan bidra til å utvikle ny teknologi innenfor for eksempel produksjon av høytrykksbrønner. Det må kunne stilles krav til at aktørene kan opptre i innenfor gjeldende regelverk på norsk sokkel. På den annen side kan nok ikke myndighetene nekte å prekvalifisere et selskap som oppfyller kvalifikasjonskravene, men som likevel ikke

¹⁴⁰ Bernt (1978) side 248.

sammenfaller med prekvalifiseringens opprinnelige hensikt fordi selskapet spesialisert i leting og utbygging i umodne områder.¹⁴¹

Det kan stilles spørsmål om politiske hensyn kan vektlegges ved prekvalifiseringen av nye aktører. På petroleumssrettens område, slik som på energirettens område generelt, vil det i stor grad være politiske mål og retningslinjer som forvaltningen må forholde seg til. Regjeringen vil for eksempel ønske å begrense virksomheten i sårbare områder i Barentshavet eller å stille strengere miljøkrav til aktørene som har virksomhet på kontinentalsokkelen. Også politiske hensyn fra andre områder kan få betydning for petroleumsvirksomheten som for eksempel fiskeripolitiske hensyn.

Eksempler på politiske hensyn som ikke kan vektlegges er for eksempel hensynet til hvor selskapet ønsker å etablere sitt hovedkontor vektlegges som ledd i regjeringens distriktpolitikk, eller om det kan legges vekt på at selskapet ønsker å bruke norske underleverandører ut fra hensyn til sysselsetning i norsk industri. Disse hensynene vil i de aller fleste tilfellene være utenforliggende. Det siste eksemplet er også i strid med EØS-avtalen og forbudet mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet. Likevel kan nok politiske hensyn i en viss utstrekning kunne vektlegges, men det skal svært mye til for at denne type hensyn alene kan utgjøre begrunnelsen for at et selskap blir prekvalifisert. Men det kan være muligheter for departementet å velge å prekvalifisere et selskap på grunnlag av at selskapet for eksempel ønsker å satse på mer miljøvennlige måter å utvinne petroleum på.

Jeg antar at selskapet uansett må oppfylle kravene som stilles etter myndighetenes praksis, slik at selskapet kvalifiseres på grunnlag av disse, og at miljöetsatsingen mer blir sett på som et tilleggsargument i positiv retning og som kan gjøre utslag ved tildelingsrunden. Likevel kan det tenkes at det er selskaper som ligger i det nedre sjiktet av hva som anses kvalifisert. For disse selskapene kan nok det faktum at selskapet satser miljøvennlig være et hensyn som kan vektlegges for at selskapet skal bli kvalifisert.

¹⁴¹ Det var særlig av hensyn til de modne områdene på sokkelen at staten åpnet for deltagelse av mindre aktører. De umodne områdene ble til en viss grad forbeholdt de fullt integrerte oljeselskapene med gode investeringsmuligheter og som i tillegg har mulighet til å ta stor økonomisk risiko, se over i avsnitt 2.2.2.

Miljøhensyn er gjerne såkalte ”legitime” politiske eller offentlige interesser. Dette vises også ved at retten til et sunt miljø er grunnlovfestet, jf. grl. § 110 b. Videre i denne bestemmelsen sies det at *”Naturens Ressourcer skulle disponeres ud fra en langsiktig og alsidig Betragtning, der ivaretager denne Ret ogsaa for Efterslægten”*. Dette er et hensyn som også gjenspeiles i petrl. § 1-2 som bestemmer at petroleumsressursene skal forvaltes i et langsiktig perspektiv. Slike hensyn kan vektlegges ved de aller fleste enkeltvedtak eller andre avgjørelser av forvaltningen, selv om disse hensynene ikke i alle tilfeller være de bærende argumenter.

For å få bestemme hvilke andre hensyn som kan vektlegges, kan det være lurt å se hen til bakgrunnsretten. Som beskrevet innledningsvis i avsnitt 2.5 vil kvalifikasjonskravene som stilles ved tildeling av andeler i utvinningstillatelser være utgangspunktet og grunnlaget for hvilke kvalifikasjonskrav som vurderes ved prekvalifiseringsavgjørelsen. Hensyn som har sitt utspring i dette regelverket vil også normalt være saklige og relevante hensyn også i forbindelse med prekvalifiseringsavgjørelsen. Et særlig spørsmål som kan reises her ved prekvalifisering av nye aktører er hvorvidt departementet har mulighet til å ta hensyn til *”enhver form for manglende effektivitet eller manglende ansvarlighet utvist av selskapet”*, jf. petroleumsforskriften § 10 annet ledd. Dette er et hensyn som kan vektlegges ved tildelinger av utvinningstillatelser dersom selskapet *”er eller har vært rettighetshaver ved en utvinningstillatelse”*.

Ved prekvalifiseringen er jo selskapet nytt, og vil ikke tidligere ha vært rettighetshaver på norsk sokkel. Etter ordlyden vil ikke bestemmelsen komme direkte til anvendelse. Departementet vil jo heller ikke ha noen tidligere erfaringer med selskapet som tilsier *”manglende effektivitet eller manglende ansvarlighet”*. Kan bestemmelsen likevel komme analogisk til anvendelse i de tilfeller hvor departementet mer indirekte har hatt befatning med selskapet? For det første kan det tenkes at departementet har erfaringer med personer som nå er arbeidstakere eller eiere i det nye selskapet som ønsker å bli prekvalifisert. For det andre kan det tenkes at departementet har hatt befatning med selskapets virksomhet på andre områder enn ved oppstrømsvirksomheten. For det tredje kan det tenkes at

departementet har vært i kontakt med selskapet gjennom andre staters myndigheter i internasjonalt samarbeid. Dersom slike erfaringer tilsier at selskapet kan mangle effektivitet eller ansvarlighet, har departementet adgang til å vektlegge disse allerede ved prekvalifiseringen som et slags antesipert mislighold?

”Antesipert mislighold” er et begrep som brukes i kontraktsretten ved tilfeller av forventet kontraktsbrudd som gir mulighet til å heve eller gjøre andre misligholdsbeføyelser gjeldende. Etter kontraktsretten må det være *helt på det rene* at det vil bli mislighold for at den andre kontraktsparten har rett til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser.¹⁴²

Det kan være hensyn som taler for at myndighetene i noen tilfeller kan vektlegge de erfaringer departementet har fått ved den indirekte befatningen med selskapet. Hensynene som myndighetene ønsker å vektlegge vil kunne vektlegges ved tildeling av utvinningstillatelser senere – i alle fall på tildeling av utvinningstillatelse nummer to. Det vil være ressursøkonomisk uheldig for selskapene dersom det legges til rette for at myndighetene kan si ja ved den første porten for igjen å kunne nekte adgang i den neste. Det vil innebære en større etableringsrisiko for selskapene. Likevel er det på det rene at selskapene aldri vil være lovet en utvinningstillatelse selv om de er prekvalifisert.

Myndighetene vil heller aldri kunne være sikre på at de hensyn som vektlegges på grunn av tidligere erfaringer vil gjøre seg gjeldende når selskapet skal opptre som rettighetshaver eller operatør på norsk sokkel, siden selskapet ikke enda har opptrådt på den arenaen som myndighetene har kompetanse til å vurdere. Særlig er det å bruke annenhåndsinformasjon fra andre myndigheter eller andre stater fort tenkes å falle utenfor de hensyn departementet vil kunne ta i betraktning.

Man vil nok kanskje kunne skille mellom de tilfeller hvor selskapet ønsker å prekvalifisere seg som rettighetshaver og de tilfellene hvor selskapet ønsker å bli operatør. I de siste tilfeller har ofte selskapet allerede vært rettighetshaver på norsk sokkel, og ønsker å utvide sin virksomhet. Selskapene har da mulighet for å be myndighetene om en vurdering av om selskapet er kvalifisert til også å opptre som operatør på norsk sokkel. Som beskrevet

¹⁴² For mer om antesipert mislighold, se Hagstrøm (2003) kapittel 22.

ovenfor i avsnitt 3.6 kreves det større kvalifikasjonskrav til en operatør enn til en passiv rettighetshaver. I slike tilfeller vil det nok være større muligheter for myndighetene å vektlegge manglende effektivitet eller ansvarlighet ved de utvinningstillatelser selskapet allerede er rettighetshaver.

Også etter alminnelig forvaltningsrett er det muligheter for at myndighetene kan ta i betraktning hensyn på søkerens side, særlig der det er fare for at personen eller selskapet ikke kan klare å oppfylle sine forpliktelser etter vedtaket. Eckhoff og Smith har uttrykt problemstillingen på denne måten:

*”Et eget spørsmål er om det kan tas hensyn til at personer eller selskaper som søker en stilling eller bevilling, har foretatt seg noe som de kan klandres for. Dette er det selvsagt adgang til hvis forholdet bærer bud om at søkeren mangler evne eller vilje til å fylle stillingen eller utøve bevillingen på en tilfredsstillende måte. Men hvis det ikke er grunn til å anta dette, kan det som regel ikke tas hensyn til det”.*¹⁴³

De forhold som myndighetene kan vektlegge ved prekvalifiseringen vil etter dette være snevrere enn de hensyn som kan vektlegges etter petroleumsforskriften § 10 annet ledd ved tildeling av utvinningstillatelser. Det vil si at det i de fleste tilfeller bare vil være de mer alvorlige tilfellene av manglende effektivitet eller manglende ansvarlighet som kan vektlegges, altså der hvor det er fare for at selskapet ikke vil klare å oppfylle sine forpliktelser som rettighetshaver eller operatør. Det må være større adgang til å vektlegge manglende effektivitet eller manglende ansvarlighet i de tilfeller hvor et selskap som allerede er rettighetshaver ønsker å prekvalifisere seg som operatør.

Etter dette vil konklusjonen på hvilke hensyn som myndighetene kan legge vekt på ved prekvalifiseringsavgjørelsen i stor grad være sammenfallende med hensyn som kan vektlegges ved tildeling av utvinningstillatelser, men da blant annet med en snevrere adgang til å vektlegge *”manglende effektivitet eller manglende ansvarlighet”* hos selskapet

¹⁴³ Eckhoff og Smith (2006) side 374.

av naturlige grunner. Både politiske, miljømessige og andre hensyn som ikke er i strid med prekvalifiseringsordningen og petroleumsvirksomhetens formål må også kunne tas i betraktning ved prekvalifisering av nye aktører.

Etter samtaler med aktører og myndigheter innenfor petroleumsvirksomheten viser det seg at selskapene i veldig liten grad ønsker å komme i konflikt med myndighetene av hensyn til nye tildelinger og godkjenninger. Det kan synes som om myndighetene i noen tilfeller også tar hensyn til slike konflikter ved videre samarbeid med aktørene. Det må være på det rene at slike hensyn ikke kan vektlegges verken ved tildeling av nye utvinningstillatelser eller ved godkjenninger av plan for utbygging og drift samt andre tillatelser. Det vil være de reelle beveggrunner som vil være av betydning for om det er tatt utenforliggende hensyn eller ikke.¹⁴⁴ Det vil si at det som er anført som begrunnelse i prinsippet vil være uten betydning så lenge avgjørelsen egentlig beror på andre hensyn.

7.2.4 Virkningen av at det er tatt utenforliggende hensyn.

Virkningene av at det er tatt utenforliggende hensyn kan være at avgjørelsen kjennes ugyldig. Er de hensynene som er vektlagt ulovlige å ta hensyn til er regelen at vedtaket *skal* kjennes ugyldig. Dersom hensynet er lovlig å vektlegge, men det er blitt tillagt for mye vekt ved den spesifikke avgjørelsen må det vurderes om avgjørelsen kan være gyldig til tross for vektingen av hensynene. Konsekvensen av at en avgjørelse kjennes ugyldig vil være at avgjørelsen må omgjøres eller det må treffes en ny avgjørelse.

Situasjonen hvor en part er blitt begunstiget på grunn av utenforliggende hensyn, er vanskeligere å få omgjort enn i de situasjoner hvor en part er blitt diskvalifisert på grunn av utenforliggende hensyn.¹⁴⁵ Det er alltid lettere å omgjøre et avslag enn å trekke tilbake en tillatelse. Altså vil det i de tilfeller hvor et selskap ikke har blitt prekvalifisert på grunn av

¹⁴⁴ Eckhoff og Smith (2006) side 378.

¹⁴⁵ Graver (2007) side 119.

at myndighetene gått utenfor sin kompetanse, være lettere å omgjøre, enn i de tilfeller hvor et selskap har blitt prekvalifisert uten å inneha den nødvendige kompetanse.

Om og på hvilken måte et selskap kan få prøvd om det er tatt utenforliggende hensyn ved en avgjørelse om prekvalifisering kommer jeg tilbake til i kapittel 8 om forvaltningsklage og domstolsprøvelse.

7.3 Likebehandlingsprinsippet.

7.3.1 Det rettslige utgangspunkt.

Likebehandlingsprinsippet kalles også gjerne læren om usaklig forskjellsbehandling. Kjernen i kravet om likebehandling er at like tilfeller skal behandles likt eller sagt på en annen måte, at forskjellsbehandling av to ellers like tilfeller må begrunnes. Kravet har sterk tilknytning til EØS-retten hvor all diskriminering på grunnlag av nasjonalitet er ulovlig, jf. EØS-avtalens art. 4. Også andre former for forskjellsbehandling av aktører vil være forbudt etter EØS-avtalen. Kونسesjonsdirektivet krever for eksempel at tildeling av utvinningstillatelser skal skje uten noen form for forskjellsbehandling, jf. direktivets artikkel 2 nr. 2.

Usaklig forskjellsbehandling kan i visse tilfeller nærme seg en slags vilkårlighet i avgjørelsen. Det er likevel ikke krav om så stor grad av tilfeldighet i beslutningsgrunnlaget for at avgjørelsen skal kunne rammes av usaklig forskjellsbehandling. Det er tilstrekkelig at forskjellen i avgjørelsene er tilfeldige eller umotiverte. Likebehandlingsprinsippet kommer inn uten at det er nødvendig å bevise at det er tatt utenforliggende hensyn eller at resultatet er sterkt urimelig. Det kan dermed være enklere å bevise at det er gjort usaklig forskjellsbehandling enn at det for eksempel er tatt utenforliggende hensyn ved avgjørelsen.

De klareste tilfeller av usaklig forskjellsbehandling er der hvor det ikke kan gis noen grunn for hvorfor to like tilfeller har blitt behandlet forskjellig. Også de tilfeller begrunnelsen for

forskjellsbehandlingen er uforståelig kan ikke forskjellsbehandlingen tillates.¹⁴⁶ Det kan ofte være vanskelig om de grunner myndighetene anfører for å gjøre forskjell kan anses som saklige. I disse tilfellene må det spørres om det er relevant å legge vekt på slike forskjeller ved denne type avgjørelser det her gjelder.¹⁴⁷ På samme måte som ved utenforliggende hensyn kan det tenkes at forskjellene som er vektlagt ikke kan vektlegges i så stor grad som de er gjort i det enkelte tilfellet – det har altså ikke tilstrekkelig vekt til å rettfærdiggjøre forskjellsbehandlingen.

7.3.2 Når er likebehandlingsprinsippet relevant i forbindelse med prekvalifiseringen?

At like tilfeller skal behandles likt gjelder også ved avgjørelser om prekvalifisering. Et selskap som innehar like kvalifikasjoner som et allerede prekvalifisert selskap, må på grunn av likebehandlingsprinsippet også bli prekvalifisert. Dersom det sistnevnte selskapet ikke blir prekvalifisert må myndighetene ha en saklig begrunnelse for dette. Videre må selskap nummer to også kunne få anledning til å bygge opp organisasjonen etter det har blitt rettighetshaver på norsk kontinentalsokkel dersom selskap nummer en har hatt anledning til dette.

At likebehandlingsprinsippet kommer til anvendelse ved prekvalifiseringsavgjørelser er lite problematisk i seg selv. Likevel kan det være vanskelig for et selskap å avgjøre at det har blitt utsatt for usaklig forskjellsbehandling. I tillegg kan det være vanskelig å få gjort noe med en avgjørelse som selskapet mener er feil. Jeg kommer tilbake til dette i kapittel 8 om domstolsprøvelse.

En annen og mer interessant problemstilling i forbindelse med selve likebehandlingsprinsippet er hvorvidt det kommer til anvendelse når et prekvalifisert selskap skal få tildelt andel i utvinningstillatelse eller samtykke til overdragelse av en

¹⁴⁶ Eckhoff og Smith (2006) side 383 flg. med eksempler fra rettspraksis.

¹⁴⁷ Eckhoff og Smith (2006) side 384.

andel. Prekvalifiseringen er ikke et mål i seg selv, men et skritt på veien for å bli rettighetshaver og bygge opp en portefølje og starte petroleumsproduksjon på norsk sokkel. Etter prekvalifiseringen vil selskapet gå inn for å kjøpe eller søke etter andel i utvinningstillatelser. Spørsmålet er da hvorvidt det er muligheter for å forskjellsbehandle to like prekvalifiserte selskap ved tildeling av utvinningstillatelser.

7.3.3 Likebehandling av prekvalifiserte selskaps adgang til norsk sokkel.

Tildeling av andel i en utvinningstillatelse eller samtykke til overdragelse av andel i en utvinningstillatelse er ofte svært konkrete og særegne vurderinger som i stor grad er skjønnspregede. Det kan derfor være vanskelig å bestemme hva som ligger til grunn for at likebehandling skal skje. Dette må tolkes i hvert enkelt tilfelle.

Det første vurderingstema vil være om selskapene i seg selv er så like at det tilsier likebehandling. Her vil de forskjellige selskaperes kvalifikasjoner legges til grunn. Disse vil være de samme som vektlegges ved prekvalifiseringen og ved tildelingen av utvinningstillatelser. Det kan spørres om allerede en prekvalifiseringsavgjørelse i seg selv tilsier likebehandling. Det er mulig, men på grunn av at selskapene ofte er svært forskjellige antar jeg at ikke prekvalifiseringsavgjørelsen alene vil være et avgjørende moment ved spørsmålet om to selskaper skal behandles likt.

Til tross for store ulikheter selskapene imellom finnes det ofte noen likhetstrekk. De prekvalifiserte selskapene er ofte små og størrelse på organisasjonen kan i mange tilfeller være sammenlignbart. Videre kan spesialkompetansen være utslagsgivende for om to ellers like selskaper skal forskjellsbehandles. Også økonomiske midler i selskapet og hvorvidt selskapet er en del av en større organisasjon, for eksempel at selskapet er datter av et internasjonalt selskap, vil være momenter i vurderingen.

Det andre vurderingstema er om områdenes geologiske struktur er sammenlignbart. Utvinningstillatelser som ligger i samme havområde vil i alle fall ha samme klima. Områder som ligger i nærheten av hverandre vil ofte være av samme modningsgrad. I

mange tilfeller er det også en sammenheng mellom selskapets kvalifikasjoner og type felt det ønsker å drive virksomhet på, slik at det lettere kan være grunnlag for sammenligning.

Endelig må det legges vekt på søknaden til selskapet med plan for undersøkelse og eventuell utbygging av feltet. Her der det ofte forskjeller mellom selskapene. Også når selskapene søker på samme utvinningstillatelse kan det være forskjeller på selskapenes planer for feltet. Noen selskaper mener kanskje at sjansene for å finne petroleumsforekomster er i de nordlige områdene av blokken som det søkes utvinningstillatelse til, mens andre mener at det sørlige området er det mest interessante. Denne er underlagt taushetsplikt og selskapene får dermed ikke innsyn i hverandres søknader – selv om selskapet vil kunne ønske å klage på avgjørelsen. Det er likevel ikke anledning for myndighetene til å forskjellsbehandle like tilfeller selv om selskapene selv ikke kan undersøke om de er like.

Etter dette må det konkluderes med at det finnes sammenligningsgrunnlag som kan brukes til å bestemme om to tilfeller skal behandles likt eller ulikt når prekvalifiserte selskap skal etablere seg som rettighetshavere på norsk kontinentalsokkel. At et selskap har blitt prekvalifisert er ikke tilstrekkelig til at det skal behandles likt som et annet prekvalifisert selskap.

7.4 Uforholdsmessighet, vilkårlighet og grov urimelighet.

Det er også ulovfestede krav til at forvaltningens avgjørelse ikke skal være uforholdsmessig, vilkårlig eller grovt urimelig. Normene retter seg delvis mot visse sider av fremgangsmåten og delvis setter de grenser for innholdet av de avgjørelser som treffes under utøvelse av skjønnsmessig myndighet.¹⁴⁸ Kravene kommer særlig til anvendelse på inngrep i personlige og private rettigheter samt ved fastsettelse av vilkår i forbindelse med en tillatelse, men normene kan få betydning også ved andre typer avgjørelser. I mange tilfeller kan også usaklig forskjellsbehandling regnes blant disse normene, men på grunn av

¹⁴⁸ Eckhoff og Smith (2006) side 380.

prinsippets betydning ved prekvalifiseringsavgjørelsene har jeg valgt å gjøre rede for dette prinsippet i et eget avsnitt, se ovenfor i avsnitt 7.3.

Disse grensene for myndighetenes kompetanse kan ikke bestemmes ut fra en tolkning av hjemmelsloven som avgjørelsen bygger på. Det må foretas en konkret vurdering av om avgjørelsen er uforholdsmessig, vilkårlig eller grovt urimelig. Disse kravene er skjønnsmessige og må ses i sammenheng med avgjørelsen forøvrig.

I tillegg til ulovfestede kravene til skjønnsutøvelsen er det også etablert et ulovfestet krav til begrunnelse på myndighetenes avgjørelser. Dette gjelder også for avgjørelser som ikke er enkeltvedtak. At en avgjørelse mangler begrunnelse er i mange tilfeller en ugyldighetsgrunn i seg selv. I tillegg er mangel på begrunnelse ofte et tegn på at saksbehandlingen ikke har vært forsvarlig.

For å avgjøre om myndighetene har gått utenfor sin kompetanse ved avgjørelse om prekvalifisering av en aktør, må det være muligheter for aktøren å få en ny vurdering av myndighetenes avgjørelse enten av forvaltningen selv eller av domstolene. Dette er temaet for neste kapittel.

8 Adgangen til å få en ny vurdering av en prekvalifiseringsavgjørelse.

8.1 Problemstillingen.

Et selskap kan være uenig i den vurderingen som myndighetene gjør vedrørende selskapets kvalifikasjonskrav. Dersom selskapet har fått en negativ tilbakemelding på prekvalifiseringen, er det muligheter for at selskapet ønsker en prøving av om beslutningen er riktig. Eller dersom selskapet har blitt prekvalifisert, men likevel ikke er enige i de kravene som myndighetene stiller for eksempel om oppbygging av organisasjonen. I slike

tilfeller kan det hende at selskapet ønsker en ny vurdering av myndighetenes avgjørelse. I dette kapittelet vil jeg ta for meg hvilke muligheter et selskap har dersom det ønsker å få vurdert avgjørelsen på nytt. Når det gjelder forvaltningens omgjøringsadgang etter eget tiltak viser jeg til fremstillingen i avsnitt 6.5.

Det er tre sider ved en avgjørelse som berørte kan være misfornøyd med, og som kan gi grunnlag for klage eller krav om omgjøring. Det kan være misnøye med måten vedtaket er blitt til på, med den rettsanvendelse eller lovtolkning som ligger til grunn, eller med hensiktsmessigheten av det vedtak som er truffet: altså skjønnet som er utøvd.¹⁴⁹

Jeg vil avgrense mot en generell behandling av de alminnelige forvaltningsrettslige klageregler etter forvaltningsloven.¹⁵⁰ Klagereglene i forvaltningsloven vil dermed kun bli behandlet i den utstrekning de har betydning for problemstillingene som drøftes.

Spørsmålene jeg vil konsentrere meg om vil være om selskapet har muligheter for å få prøvd avgjørelsen på nytt og da hvilke muligheter for ny vurdering som finnes. Videre kan det spørres om forvaltningsrettslig klageadgang er en nødvendighet ved prekvalifiseringsordningen eller om det er tilstrekkelig at det er adgang til domstolsprøvelse.

8.2 Forvaltningsrettslig klage over en prekvalifiseringsavgjørelse.

8.2.1 Anledning til å klage på prekvalifisering etter forvaltningsloven.

Spørsmål om klage kan tenkes å komme opp både i de tilfeller hvor et selskap har fått avslag på henvendelsen om å bli prekvalifisert, og i de tilfeller hvor selskapet har blitt prekvalifisert er uenig i rammene for avgjørelsen.¹⁵¹ Det første spørsmål som må reises i

¹⁴⁹ Graver (2007) side 517.

¹⁵⁰ For en nærmere fremstilling av alminnelig klageadgang etter forvaltningsloven, se Eckhoff og Smith (2006) kapittel 19 og 20 og Graver (2007) kapittel 28.

¹⁵¹ En annen problemstilling som også kan reises i forbindelse med spørsmålet om klageadgang er det tilfellet hvor et selskap får avvist sin henvendelse om å bli prekvalifisert, altså hvor avslaget skjer før det blir tatt

den forbindelse er hvorvidt det i det hele tatt er klageadgang for prekvalifiseringsavgjørelsen. Avgjørelsen blir tatt på departementsnivå, og en klage må derfor rettes til Kongen i Statsråd. Jeg vil ta for meg både problemstillingen om det formelt sett er en klageadgang, og eventuelt hvordan denne klageadgangen vil virke i praksis.

Det kunne også tenkes en klageadgang ved konsesjonstildelingen. Her er avgjørelsen tatt av Kongen i statsråd, slik at klageadgangen av den grunn er avskjært. Jeg vil også avgrense mot vedtak om samtykke ved overdragelse av andel i utvinningstillatelse, fordi denne problemstillingen er omfattende vil favne mye større enn oppgavens hovedtema.

Alternativet til en forvaltningsrettslig klageadgang vil være at selskapet foruten domstolsprøvelse, sitter igjen med to muligheter. Det må enten prøve å bli prekvalifisert ved en senere anledning eller at selskapet kan prøve å få adgang til sokkelen uten å være prekvalifisert.¹⁵² Ingen av disse to løsningene er heldige ut fra rettssikkerhetshensyn, siden det i begge tilfeller vil være samme myndighet som tar den faglige vurderingen på nytt. Likevel er det ikke sikkert at en slik løsning uten videre kan utelukkes.

I vårt forvaltningssystem hvor vi ikke har forvaltningsdomstoler er forvaltningsklagen en måte å beskytte sine egne interesser. Avgjørelsen kan riktignok bringes inn for alminnelige domstoler, men i praksis gjøres dette i liten grad. Dessuten er en forvaltningsklage som oftest den eneste muligheten for å få prøvd de skjønnsmessige deler av avgjørelsen på nytt.¹⁵³ Jeg kommer nærmere tilbake til problemstillinger omkring domstolsprøvelse nedenfor i kapittel 8.3.

noen vurderinger av selskapet. Problemstillingen er kjent fra alminnelig forvaltningsrett, både i diskusjonen hvorvidt en slik avvisning kan regnes som et enkeltvedtak og hvorvidt klagereglene kommer til anvendelse. Det er et tema som har mer teoretisk enn praktisk interesse, og jeg har valgt av disposisjonshensyn å utelukke det i denne fremstillingen. I de fleste tilfeller vil et avvisningsvedtak få virkninger som et enkeltvedtak, jf. fvl. § 2 tredje ledd.

¹⁵² Det kan være vanskelig å få adgang til norsk sokkel på denne måten for et selskap som ønsker å gå utenom det løp som myndighetene har lagt opp, blant annet fordi usikkerhetsmomentet omkring vurderingene vil være større. Det vil også innebære en stor investeringsrisiko å etablere seg uten at forhåndsvurderingen er positiv.

¹⁵³ Graver (2007) side 513.

Det kan hevdes at adgangen til å få en fornyet prøving av en forvaltningsavgjørelse utgjør en sentral del av det alminnelige forsvarlighetsprinsippet.¹⁵⁴ Med dette menes at overprøvingsadgangen er med på å sikre at forvaltningens saksbehandling og avgjørelse er forsvarlig.¹⁵⁵ En overprøvingsadgang av avgjørelser er også en viktig del av forvaltningens interne kontroll og overordnede organers kontroll med underordnede organers avgjørelser.¹⁵⁶ Forsvarlighetsprinsippet vil gjøre seg gjeldende ikke bare ved enkeltvedtak, men også ved andre former for myndighetsutøvelse.

Som jeg allerede har fastslått i kapittel 4.3 kommer forvaltningsloven til anvendelse ved myndighetsutøvelse på petroleumsvirksomhetens område. Videre har jeg under tvil kommet frem til at avgjørelsen vil regnes som et enkeltvedtak slik prekvalifiseringsordningen er i dag. Reglene som gjelder for klage m.v. vil få anvendelse også her, se fvl. kapittel VI jf. § 2 første ledd bokstav b) jf. bokstav a).

Selv om forvaltningslovens regler ikke skulle komme til anvendelse fordi avgjørelsen ikke kan regnes som enkeltvedtak kunne en tenke seg at det likevel finnes forvaltningsrettslige prinsipper kan komme til anvendelse for å stadfeste en klageadgang ved avgjørelser om prekvalifisering – i alle fall er det en viss mulighet for omgjøring etter prinsippet om forsvarlig saksbehandling, se avsnitt 6.5.¹⁵⁷

Klage over et enkeltvedtak skjer etter fvl. § 28 til overordnet organ. Jeg kommer nærmere tilbake til dette vilkåret i avsnitt 8.2.2. Det er den som er part i saken eller annen med rettslig klageinteresse som har anledning til å klage inn saken for ny vurdering etter fvl. § 28 første ledd. Begrepet "*annen med rettslig klageinteresse*" er sammenfallende med hvem som har rettslig interesse til å anlegge søksmål for domstolene etter lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven) § 1-3.¹⁵⁸ Det ville være unaturlig og prosessøkonomisk ugunstig om kretsen av personer som hadde anledning til å klage saken

¹⁵⁴ Graver (2007) side 513.

¹⁵⁵ Kontradiksjon, skriftlighet og krav til begrunnelse er andre sider av forsvarlighetsprinsippet.

¹⁵⁶ Graver (2007) side 513.

¹⁵⁷ Om det kan oppstilles et generelt prinsipp om klage eller omgjøring for forvaltningsrettslige avgjørelser som ikke er enkeltvedtak er usikkert. En slik klageadgang må vurderes konkret ved hver enkelt avgjørelse.

¹⁵⁸ Graver (2007) side 521.

inn for forvaltningen var mindre omfattende enn de som har anledning til å prøve saken for en domstol. Det har vært diskutert om begrepet ”rettslig klageinteresse” i forvaltningsloven er noe videre enn begrepet rettslig interesse i tvisteloven.¹⁵⁹ Ved prekvalifiseringsavgjørelsen vil det i stor grad være selskapet selv som ønsker å klage på avgjørelsen, slik at jeg vil ikke gå nærmere inn på hvilke andre rettssubjekter som kan tenkes å ha adgang til å klage over avgjørelsen.

Klagereglene i fvl. kapittel VI inneholder for det første en del formelle regler. Disse vil jeg ikke gå nærmere inn på, men kan nevne at de inneholder bestemmelser om hvem som er adressat for klagen, frister for å klage, når et vedtak som det klages over kan gis oppsettende virkning osv. En klagerett innebærer at klager har krav på å få ny realitetsavgjørelse i saken, og altså at forvaltningsorganet eller et overordnet organ har plikt til å vurdere saken på nytt.¹⁶⁰ For regler om saksbehandling av klagesaker gjelder forvaltningslovens saksbehandlingsregler i kapittel VI og V tilsvarende, jf. fvl. § 33 første ledd.

Underinstansen skal selv gjøre de undersøkelser klagen gir grunn til, og kan selv velge å ”*opphøve eller endre vedtaket*” dersom den finner klagen begrunnet, jf. fvl. § 33 annet ledd. Underinstansen har altså kompetanse til å imøtegå klagen selv og gi klageren medhold.¹⁶¹ Ved en avgjørelse hvor selskapet har blitt nektet prekvalifisering vil ikke alternativet å oppheve vedtaket være aktuelt. Det blir dermed et spørsmål om å endre vedtaket til gunst for selskapet – altså å prekvalifisere selskapet. Dette har departementene anledning til å gjøre. Dersom vilkår for å behandle saken ikke foreligger, skal underinstansen avvise saken.

Hvis underinstansen ikke selv treffer en avgjørelse, skal saken sendes over og avgjøres av overordnet organ, jf. fvl. § 33 tredje ledd. I de fleste tilfeller vil nok departementene selv vurdere en eventuell klage selv, og jeg vil anta at det er de færreste tilfellene som blir

¹⁵⁹ Graver (2007) side 521 med videre henvisninger.

¹⁶⁰ Eckhoff og Smith (2006) side 276.

¹⁶¹ Graver (2007) side 530.

videresendt til Kongen i statsråd – departementenes overordnede organ. Før jeg går inn på den reelle overprøvingsadgangen for en prekvalifiseringsavgjørelse, vil jeg si litt om klage til Kongen i statsråd.

8.2.2 Særlige spørsmål i forbindelse med klage til "overordnet organ".

Dersom en klage ikke avgjøres av departementet skal den oversendes til Kongen i statsråd. Regjeringen har ikke selv noe utredningsapparat, slik at en klage over en departementsavgjørelse vanligvis blir forberedt av det departement hvis avgjørelse det klages over.¹⁶² Det kan tenkes at realiteten i en slik klageadgang er liten i forhold til den muligheten departementet selv har til å vurdere klagen.

Det er likevel ikke slik at klage til Kongen i statsråd likevel er helt upraktisk. Selv om utredningen skjer av departementet og det holdes foredrag over saken til regjeringen, treffes avgjørelsen av personer som ikke har vært i befatning med saken tidligere. På grunn av at utredningsplikten tilligger departementet gjelder det også særskilte krav til forsvarlighet ved utredningen. Som illustrasjon kan det vises til Rt. 1991 side 424 som gjaldt ekspropriasjon av et husmannsbruk etter jordloven, hvor vedtaket som ble fattet av Kongen i statsråd riktignok ble kjent ugyldig. Departementsvedtaket ble påklaget til Kongen i statsråd som opprettholdt vedtaket. Høyesterett kjente vedtaket ugyldig på grunn av at det i foredraget som ble gitt av departementet ble det gitt misvisende opplysninger om grunnlaget for vurderingen av bo- og driveplikten.

Spørsmålet om prekvalifisering er likevel et spørsmål som i stor grad beror på faglig kyndighet. Det vil si at regjeringsmedlemmene ikke selv har anledning til å vurdere hvorvidt det er tilstrekkelig at et selskap for eksempel har åtte personer med petroleumsfaglig kompetanse, mens myndighetene mener at selskapet bør ha ti personer for

¹⁶² Eckhoff og Smith (2006) side 278.

at selskapet skal klare å utføre arbeidsoppgavene. Jeg kommer til dette i neste avsnitt om hvordan den reelle adgangen til å få en ny vurdering av prekvalifiseringsavgjørelsen er.

8.2.3 Hvordan vil en klage ha betydning faktisk sett?

Det er OED og AID som formelt tar avgjørelsen om å prekvalifisere eller ikke prekvalifisere en aktør. Avgjørelsens grunnlag bygger delvis på faglige avgjørelser tatt av de underliggende organer i egenskap av fagorgan. På denne måten blir saken i første omgang behandlet både av de underliggende fagorgan og av departementene.

Ved en eventuell klage har departementene mulighet for å vurdere kriteriene for å bli prekvalifisert på nytt. Her kan også de underliggende organs konklusjoner tas opp til en ny vurdering. På de fagområdene som Oljedirektoratet og Petroleumstilsynet vurderer har ofte departementene liten eller ingen kompetanse på selv. Det er derfor usikkert om de faglige vurderingene som blir tatt av Oljedirektoratet og Petroleumstilsynet får en ny selvstendig vurdering av departementene ved en eventuell klage.

Ved samtaler med OED har jeg fått inntrykk av at de vurderingene som blir tatt av Oljedirektoratet også i en første behandling av saken i stor grad er endelige. Det vil si at departementet selv ikke overprøver eller for den saks skyld vurderer på nytt de standpunkt som direktoratet har tatt. Den endelige avgjørelsen ligger altså reelt hos direktoratet. Mitt inntrykk er likevel at Oljedirektoratet er av en noe annen oppfatning. Her sies det at den endelige vurderingen lagt til departementet og at direktoratet selv bare kommer med innstillinger.

Ved en klage over prekvalifiseringsavgjørelse kan riktignok departementene henvende seg til de underliggende organer for at de skal foreta en ny vurdering av saken. Grunnlaget for den nye realitetsavgjørelsen vil da bli tatt av det forvaltningsorgan som også tok avgjørelsen ved den opprinnelige avgjørelsen. En ny vurdering kan føre til at nye opplysninger kommer opp. Også andre omstendigheter kan ha endret seg ved klagegjennomgangen. Slikt sett kan en klage ha betydning for selskapet.

Kontrollhensynet som ellers er et veldig sterkt argument for klageadgang, spiller en mindre rolle ved prekvalifiseringsavgjørelsen. Ettersom ansvarsområdene til de forskjellige forvaltningsorganene er fordelt etter fagkunnskap, og fordi det kreves inngående fagkunnskap for å ta stilling til de spørsmålene som skal vurderes ved prekvalifiseringsavgjørelsen. Som nevnt tidligere i dette avsnittet skal det mye til for at vurderingene og avgjørelsene som er tatt av Oljedirektoratet og Petroleumstilsynet.

Ettersom det er uklart hvilke kriterier som må være oppfylt for at et selskap skal bli prekvalifisert og avgjørelsene i stor grad vil være taushetsbelagte på grunn av forretningshemmeligheter, vil det være vanskelig for et selskap å avgjøre om avgjørelsen er tatt på feil grunnlag. En klage krever en ny gjennomgang av saken. Det kan også bety en omfattende prosess med nye møter hos selskapet. Slik gjennomgang av selskapets kvalifikasjoner er ressurskrevende for selskapet. Dette vil være kostnadskrevende for aktøren, og generelt vil det være billigere og enklere å rette seg etter myndighetenes krav.

Etter disse momentene tror jeg at selv om det foreligger en formell klageadgang skal det mye til før en aktør går til det skritt og klager på prekvalifiseringsavgjørelsen. Jeg tror heller ikke at det er et omfattende behov for klageadgang i disse tilfellene. Det er nok mer virkningsfullt å regulere prekvalifiseringen i forskrift, slik at vurderingen har et konkret regelverk å forholde seg til i utgangspunktet.

8.3 Domstolsprøvelse.

Selv om departementet selv har kompetanse til å omgjøre sitt eget vedtak, og det er muligheter for klage og ny avgjørelse av departementet eller (mindre sannsynlig) av Kongen i statsråd, kan det være behov for en ny vurdering av avgjørelsen også av et uavhengig organ. I vår forfatningsrett vil det si overprøving ved domstolene. Etter alminnelig forvaltningsrettslig teori er det stadfestet en rett til overprøving av

forvaltningsavgjørelsers rettmessighet.¹⁶³ Denne prøvelsesretten gjelder for domstolene og er sedvanefestet som en del av forfatningsretten.¹⁶⁴ Problemstillingen ved en negativ avgjørelse på prekvalifiseringsvurderingen er derfor er hvor langt domstolenes prøvelsesrett går når det gjelder overprøving av departementets avgjørelse, og da spesielt om domstolene vil prøve de fagtekniske vurderingene.¹⁶⁵

Ved tiltredelsen av den europeiske menneskerettighetskonvensjon har domstolsprøvelsen også fått folkerettslig forankring, jf. konvensjonens artikkel 6. Domstolsprøvelse av forvaltningsvedtak har også forankring som et grunnleggende prinsipp i EF-retten¹⁶⁶. Den EF-rettslige retten til domstolsprøvelse gjelder også i forhold til tilsvarende bestemmelser i EØS-avtalen, slik at borgerne har muligheter for domstolsprøving av forvaltningsvedtak som hevdes å gripe inn i de avtalefestede friheter etter EØS-retten.¹⁶⁷ Det er likevel også her spørsmål om hvor langt prøvelsesretten går.

Stortinget kan gjøre visse innskrenkninger i prøvelsesretten ved lov, men som forvaltningskomiteen sier i sin innstilling: *”Lovgivningen kan ikke legge en avgjørelse til et forvaltningsorgan på en slik måte at domstolene ikke har rett til å prøve om et vedtak skyldes maktmisbruk fra vedkommende forvaltningsorgans side. Dette vil komme i strid med den i vår forfatning sikrede domstolskontroll”*.¹⁶⁸ Det vil si at domstolene i alle tilfeller kan prøve om departementene eller for så vidt de underliggende organ, Oljedirektoratet og Petroleumstilsynet, har gått utenfor sin kompetanse ved avgjørelsen. Som maktmisbruk regner forvaltningskomiteen overskridelse av grensen for vedkommende myndighet eller fullmakt, anvendelse av myndighetene til et annet formål enn det loven har

¹⁶³ Graver (2007) side 99.

¹⁶⁴ Se for eksempel Innstilling fra forvaltningskomiteen side 359 om grunnlaget for domstolskontrollen av forvaltningsavgjørelser i Norge. På sidene 359-414 gir forvaltningskomiteen en inngående fremstilling av spørsmålet om domstolenes prøvelsesrett ovenfor forvaltningsavgjørelser.

¹⁶⁵ Det kan også tenkes en domstolsprøvelse av vedtaket om konsesjonstildeling. De problemstillingene en slik prøving reiser vil jeg ikke gå nærmere inn på i denne avhandlingen.

¹⁶⁶ Se Graver (2007) side 101-102 med videre henvisninger til avgjørelser fra EF-domstolen.

¹⁶⁷ Se ODA art 34, jf. lov 13. august 1915 om domstolene (domstolloven) § 51 a og fortalen til EØS-avtalen 8. ledd.

¹⁶⁸ Innstilling fra forvaltningskomiteen side 369.

fastsatt og krenkelse av likhetsgrunnsetningen.¹⁶⁹ For hvilke momenter som får betydning ved myndighetsoverskridelse ved prekvalifiseringsavgjørelsen viser jeg til min redegjørelse i kapittel 7. Domstolene kan også prøve om avgjørelsen av andre grunner kan være ugyldig. Typiske ugyldighetsgrunner er manglende personell kompetanse eller manglende hjemmel. Ingen av disse ugyldighetsgrunnene er relevante ved prekvalifiseringsavgjørelsen når det gjelder rekkevidden av domstolsprøvelsen.

Videre er spørsmålet hvor langt domstolene kan gå i å prøve selve avgjørelsen, og ikke bare om forvaltningen har holdt seg innenfor sin kompetanse. Etter alminnelig forvaltningsrett er det på det rene at domstolene kan prøve legaliteten av forvaltningsvirksomheten. Motsatt kan domstolene ikke prøve om forvaltningen har utøvd et hensiktsmessig skjønn ved sine avgjørelser.¹⁷⁰ Grensene her er likevel ikke skarpe.¹⁷¹

Prekvalifiseringsavgjørelsen er ikke et fritt skjønn i den forstand at det er opp til forvaltningen å bestemme om et selskap skal bli prekvalifisert dersom kvalifikasjonskravene er oppfylt. Avgjørelsen kan heller ses på som et subsumsjonsskjønn: Hva som skal kreves for at kvalifikasjonskravene er oppfylt er usikkert, men dersom kvalifikasjonskravene er oppfylt så skal selskapet prekvalifiseres. Vurderingstema er likevel vanskelig fordi kvalifikasjonskravene i seg selv er uklare. Ved en eventuell domstolsprøvelse er det spørsmål om selskapets kvalifikasjonskrav er oppfylt slik at selskapet skal bli prekvalifisert. Kvalifikasjonskravene er lovfestet gjennom kravene som stilles til rettighetshaver på norsk sokkel. Hva som ligger i disse kravene er likevel i stor grad en faglig vurdering.

Uansett om domstolene har prøvelsesrett når det gjelder om kvalifikasjonskravene er oppfylt hos selskapet, vil nok domstolene være tilbakeholdne med å overprøve myndighetenes vurderinger om disse forhold. Dette kan illustreres av en dom inntatt i Rt. 1975 side 603. Saken dreier seg om et avslag på patent på *"en innretning for feste av line*

¹⁶⁹ Innstilling fra forvaltningskomiteen side 369.

¹⁷⁰ Eckhoff og Smith (2006) side 496.

¹⁷¹ Eckhoff og Smith (2006) side 501.

til ball". Høyesterett fastslo at domstolene hadde full prøvelsesrett i saker som gjelder gyldigheten av et meddelt patent, jf. lov 15. desember 1967 nr. 9 om patentrettigheter (patentloven) § 25 annet ledd. Det vil si at domstolene også kunne prøve den skjønnsmessige vurderingen i patentloven § 2. Det ble også fremhevet i dommen at dette skjønnnet var et subsumsjonsskjønn og at det ikke var rom for hensiktsmessighetsvurderinger. Slik er også prekvalifiseringsavgjørelsen. Likevel uttaler Høyesterett i dommen at *"all grunn for domstolene til å vise tilbakeholdenhet med å fravike Patentstyrets avgjørelser i betraktning av den spesielle sakkunnskap og det brede erfaringsgrunnlag som Styret sitter inne med"*.

Kvalifikasjonsvurderingen blir ved prekvalifiseringsavgjørelsen fattet av organer som har spisskompetanse på sitt fagfelt. Det er heller ikke vurderinger som er dagligdagse eller som domstolene ofte tar stilling til. Når grunnlaget for avgjørelsen er så basert på faglige vurderinger legger jeg til grunn at det her, slik som uttalt i Rt. 1975 side 603, skal mye til for at domstolene overprøver disse avgjørelsene.

Konklusjonen etter dette vil være at domstolene har full prøvelsesrett når det gjelder prekvalifiseringsavgjørelsen, men at overprøving av forvaltningens vurderinger av selskapets kvalifikasjoner vil domstolene vegre seg for å overprøve. I alle tilfeller har domstolene adgang til å prøve om myndighetene har holdt seg innenfor sin kompetanse.

En avgjørelse om avslag på prekvalifisering vil nok sjelden komme opp til behandling for domstolene. Jeg tror at det er mer sannsynlig at et spørsmål hvor et selskap har blitt prekvalifisert, men ikke får tildelt andel i utvinningstillatelse eller ikke godkjent en overdragelse vil komme opp for domstolene. Her vil det være et større økonomisk tap som står på spill og derfor er det mer sannsynlig at et selskap kunne komme til å gå til sak mot staten i slike tilfeller. Likevel skal det også her svært mye til for at selskapet skal risikere å komme i konflikt med staten.

8.4 Forvaltningsrettslig klage vs. domstolsprøvelse.

Som jeg har kommet frem til både når det gjelder forvaltningsklage og når det gjelder domstolsprøvelse, så er det liten faktisk adgang til å få prøvd disse spørsmålene.

Domstolene vil være tilbakeholdne med å overprøve den faglige vurderingen som ligger til grunn for avgjørelsen. Selskapet er i de fleste tilfeller best tjent med å rette seg de krav som myndighetene setter og prøve å prekvalifisere seg ved en senere anledning.

Teoretisk sett kan det være muligheter for at domstolsprøvelse er det beste alternativet. Ved forvaltningsklage vil det være samme myndighet som vurderer saken på nytt. Så lenge domstolene har muligheter til å prøve alle sider av saken, vil det være større sjanser for en ny vurdering av om kvalifikasjonene er oppfylt ved en domstolsavgjørelse. Domstolene vil også prøve om myndighetene har hold seg innenfor rammene for sin kompetanse. Likevel vil det være mer ressurskrevende å prøve en sak for rettene enn det en klage til departementet vil være.

9 Avsluttende merknader.

Jeg har med denne avhandlingen forsøkt å analysere og forstå hvordan prekvalifiseringsordningen virker og skal bedømmes ut fra en rettslig synsvinkel. Jeg har altså prøvd å vurdere hvilke virkninger prekvalifiseringen har – både faktisk og rettslig. Problemstillingene avhandlingen reiser har ført meg inn i velkjente forvaltningsrettslige vurderinger. Det har likevel vist seg at slike problemstillinger er lite påaktet og drøftet i forbindelse med innføringen og praktiseringen av prekvalifiseringsordningen.

Ved gjennomgangen har det kommet frem at prekvalifiseringsordningen har et videre rettslig nedslagsfelt enn det myndighetene har ment at ordningen skal ha. Jeg har også vurdert ordningen slik den i dag ikke er helt tilfredsstillende med hensyn til krav om forsvarlig saksbehandling og rettssikkerhet overfor aktørene. Jeg har pekt på mulige tiltak

som kan føre til en forbedring på disse punkter. I den forbindelse vil jeg særlig fremheve at en regulering av prekvalifiseringsordningen i forskrift vil føre til at myndighetene lettere kan bestemme konsekvensene av en prekvalifisering og at det er klarere for aktørene hvilken betydning det har at man blir prekvalifisert som rettighetshaver på norsk kontinentalsokkel.

10 Litteraturliste

10.1 Litteratur.

Andersen, Poul. *Om ugyldige forvaltningsakter: med særligt henblik paa ugyldighedsgrundene*. København, 1924.

Andenæs, Johs. og Fliflet, Arne: *Statsforvaltningen i Norge*. 9. utgave. Oslo, 2004.

Bernt, Jan Frithjof og Rasmussen, Ørnulf. *Frihagens forvaltningsrett*. Bind I: *Innledning til forvaltningsretten, dokumentoffentlighet, informasjonsbehandling, inhabilitet, saksbehandling, klage og omgjøring*. Bergen, 2003.

Bernt, Jan Frithjof. *Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn*. TfR. Årg. 91 (1978) side 241-348.

Boe, Erik. *Stortingsmeldinger og innstillinger – vedtak, tilråding eller mellomting?* TfR. Årg. 97 (1984) side 170-181.

Boe, Erik. *Enkeltvedtak – da og nå..* LoR. (2000) side 350-363.

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind: *Forvaltningsrett*. 8. utgave. Oslo, 2006.

Frihagen, Arvid: *Forvaltningsrett*. Bind 1: *Forvaltning og kompetanse*. 3. utgave. Bergen, 1991.

Graver, Hans Petter: *Alminnelig forvaltningsrett*. 3. utgave. Oslo, 2007.

Hagen, Lasse m.fl. *Petroleumsloven med kommentarer*. Oslo, 1989

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003.

Kjellefold, Alice. *Sosialhjelp på vilkår*. Oslo, 1995.

Knoph, Ragnar. *Hensiktens betydning for grensen mellom rett og urett*. Kristiania, 1921.
Petroleum Law Compendium Book 1. Nordisk institutt for sjørett. Oslo, 2007.

Tveit, Eirik: *Myndighetenes adgang til å stille vilkår om finansiell sikkerhet ved andelsoverdragelser til nye aktører*. MarIus nr. 318. Nordisk institutt for sjørett. Oslo, 2004.

10.2 Norske lover og forskrifter.

1814	Grunnlov 17. mai 1814.
1915	Lov 13. august 1915 om domstolene (domstolloven)
1940	Lov 15. mars 1940 nr. 3
1951	Lov 14. desember 1951 nr. 3 om omsetning av råfisk.
1959	Lov 23. oktober 1959 nr. 3 om oreigning av fast eiendom (ekspropriasjonsloven).
1963	Lov 21. juni 1963 nr. 12 om utforskning og utnyttelse av undersjøiske naturforekomster på kontinentalsokkelen (kontinentalsokkelloven).
1967	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven). Lov 15. desember 1967 nr. 9 om patentrettigheter (patentloven).
1970	Lov 19. juni 1970 nr. 63 om naturvern.
1981	Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven).
1985	Lov 22. mars 1985 nr. 11 om Lov 14. juni 1985 nr. 77
1991	Lov 13. desember 1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven).
1992	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
1996	Lov 29. november 1996 nr. 72 om petroleumsvirksomhet.
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven). Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)

1965	Forskrift fastsatt ved kgl. res. 9. april 1965 om utforsking og utnyttelse av undersjøiske petroleumsforekomster.
1972	Forskrift fastsatt ved kgl. res. 8. desember 1972 om undersøkelse etter og utnyttelse av undersjøiske petroleumsforekomster.
2001	Forskrift fastsatt ved kgl. res. 31. august 2001 om helse, miljø og sikkerhet i petroleumsvirksomheten (rammeforskriften) fastsatt ved (http://www.ptil.no/regelverk/r2002/frame_n.htm) Forskrift fastsatt ved kgl. res. 18 juni 2001 om ressursforvaltning i petroleumsvirksomheten (ressursforskriften).

10.3 Utenlandske traktater og direktiv.

EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde 2. mai 1992.
EP/Rdir 94/22 EØF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 94/22/EF av 30. mai 1994 om vilkårene for tildeling og bruk av tillatelser til å drive leting etter og utvinning av hydrokarboner.
ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol 27. november 1992 nr. 109.

10.4 Dommer.

Rt. 1934 side 625.
Rt. 1936 side 801.
Rt. 1975 side 603.
Rt. 1976 side 614.
Rt. 1984 side 337.
Rt. 1985 side 941.

Rt. 1985 side 1355.

Rt. 1991 side 424.

Rt. 1992 side 1235.

Rt. 1993 side 278.

Rt. 1993 side 528.

Rt. 1993 side 578.

Rt. 1995 side 1939.

10.5 Forarbeider til lover og offentlige dokumenter.

Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning (Forvaltningskomiteen) avgitt 13. mars 1958.

Innst. O. nr. 50 (1976-77) (endringslov) om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m.m.).

Innst. S. nr. 321 (1983-84) om organiseringen av statens deltagelse i petroleumsvirksomheten.

NOU 1979: 43 Petroleumslov med forskrifter.

Ot.prp. nr. 38 (1964-65) om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

Ot.prp. nr. 3 (1976-77) (endringslov) om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m. m.).

Ot.prp. nr. 43 (1995-96) om petroleumsvirksomhet.

Ot.prp. nr. 46 (2002-2003) (endringslov) om petroleumsvirksomhet.

St.meld. nr. 73 (1983-84) om organisering av statens deltagelse i petroleumsvirksomheten.

St.meld. nr. 39 (1999-2000) om olje- og gassvirksomheten.

St.meld. nr. 7 (2001-2002) om helse, miljø og sikkerhet i petroleumsvirksomheten.

St.meld. nr. 38 (2001-2002) om olje- og gassvirksomheten.

St.meld. nr. 38 (2003-2004) om petroleumsvirksomheten.

FAKTA Norsk petroleumsvirksomhet 2007 (Olje- og energidepartementet).

Nordsjøtildelingene 2002 – utlysningsskjema (Olje- og energidepartementet).

Tildeling i forhåndsdefinerte områder 2007 – utlysningsskjema (Olje- og energidepartementet).

Veiledning til SUT: http://www.ptil.no/regelverk/r2002/SUT-veiledningen_n.htm

10.6 Nettdokumenter.

Oljedirektoratet - Arbeidsprosessen:

<http://www.npd.no/Norsk/Produkter+og+tjenester/Prekvalifisering/arbeidsprosessen.htm>

Oljedirektoratet – krav til nye rettighetshavere/operatører:

[http://www.npd.no/Norsk/Produkter+og+tjenester/Prekvalifisering/krav_til_nye_aktoerer.h
tm](http://www.npd.no/Norsk/Produkter+og+tjenester/Prekvalifisering/krav_til_nye_aktoerer.htm)

Oljedirektoratet – krav til organisasjon i Norge:

[http://www.npd.no/Norsk/Produkter+og+tjenester/Prekvalifisering/krav_Til_organisasjon.h
tm](http://www.npd.no/Norsk/Produkter+og+tjenester/Prekvalifisering/krav_Til_organisasjon.htm)

Oljedirektoratet - Prekvalifiseringsoversikt:

[http://www.npd.no/Norsk/Produkter+og+tjenester/Prekvalifisering/prekvalifiseringsoversik
t.htm](http://www.npd.no/Norsk/Produkter+og+tjenester/Prekvalifisering/prekvalifiseringsoversikt.htm)

Petroleumstilsynet – Aktørvurdering og prekvalifisering i et HMS-perspektiv:

[http://www.ptil.no/Norsk/Helse+miljo+og+sikkerhet/HMS-
aktuelt/4_aktorvurdering_info.htm](http://www.ptil.no/Norsk/Helse+miljo+og+sikkerhet/HMS-aktuelt/4_aktorvurdering_info.htm)

Petroleumstilsynet – Prekvalifisering av nye selskaper til norsk kontinentalsokkel – regelverkskrav:

[http://www.ptil.no/Norsk/Helse+miljo+og+sikkerhet/HMS-
aktuelt/5_prekvalifikasjon_hms_krav.htm](http://www.ptil.no/Norsk/Helse+miljo+og+sikkerhet/HMS-aktuelt/5_prekvalifikasjon_hms_krav.htm)

